Wie steht es mit der Gewerbefreiheit?

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Würde eines Doktors
der Rechtswissenschaft
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Martin-Luther-Universität
Halle-Wittenberg

vorgelegt von

Rolf Meßbauer
Halle (Saale), Buddestraße 2.

Berichterstatter: Professor Dr. Reinhardt.

Carl Nieft, Buchdruckerei und Verlag, Bleicherode am Harz.
1936

Herrn und Frau Tecklenburg

in steter Dankbarkeit.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Diese Dissertation ist gleichzeitig als Broschüre im Verlag Carl Nieft, Bleicherode/Harz, erschienen.

Inhalt.

Seite

Einleitung 5

I. Die Grundlagen der Gewerbefreiheit im Allgemeinen.

§ 1. Die Bedeutung des Grundsatzes der Gewerbefreiheit.

I. Der Grundsatz bezieht sich nur auf die Zulassung zum Gewerbebetrieb . . . . . 7—8

II. § 1 RGO kann für den Einzelnen sowohl „Rechtszustand" als auch „Rechtsverhältnis" bedeuten . . . . . 8—12

§ 2. Die Gewerbefreiheit im Weimarer Staat.

I. Der Stand der Gewerbefreiheit im Allgemeinen . . . . 12—14

II. Der rechtliche Inhalt der Gewerbefreiheit . . . . . 14—17

III. Die praktische Bedeutung der rechtlichen Beurteilung der Gewerbefreiheit (II S. 14 ff.) für die Frage der Aktivlegitimation im Verwaltungsstreitverfahren . . . . . 17—21

§ 3. Die Gewerbefreiheit im nationalsozialistischen Staat.

I. Die Gewerbefreiheit besteht noch als allgemeine Norm . . 22—25
II. Der rechtliche Inhalt der Norm . . . . . 25—32
III. Die Frage der Aktivlegitimation im Verwaltungsstreitverfahren. 32—34

§ 4. Die Gewerbefreiheit in der Rechtsprechung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts.

I. Die Entscheidungen: Bd. 38/66; Bd. 81/368; Jur. W. 1935/1956 Nr. 44 . . . . . 34—36

II. Die Besprechung der Entscheidungen . . . . . 36—37

§ 5. Die Rechtsnatur der Gewerbeerlaubnis.

I. Die Rechtslage vor der Erlaubniserteilung (Recht „auf" die Erlaubnis) . . . . . 37—42

II. Die Rechtslage nach der Erlaubniserteilung (Recht „aus" der Erlaubnis) . . . . . 42—45

§ 6. Das Eingriffsrecht der Polizei und des Strafrichters in die Gewerbefreiheit.
I. Das Eingriffsrecht der Polizei . . . . . 45—51
II. Der Eingriff durch den Strafrichter 51

§ 7. Der Eingriff in die Gewerbefreiheit durch die Reichsgesetzgebung.
(Die Frage der Enteignung) . . . . . 51—57

II. Die Grundlagen der Gewerbefreiheit im Besonderen.

Vorbemerkung . . . . . 57—58

§ 8. Die Abhängigkeit der Zulassung von der Sachkunde.
(Persönliche Voraussetzung) . . . . . 58—62

§ 9. Die Abhängigkeit der Zulassung von der Zuverlässigkeit.
(Persönliche Voraussetzung) . . . . . 62—66

§10. Die Abhängigkeit der Zulassung von dem Bedürfnis.
(Sachliche Voraussetzung) . . . . . 65—70

Schlußbemerkung 71

Schrifttum . . . . . 72—75

Einleitung

Die nationalsozialistische Revolution hat das Denken auf allen Lebensgebieten beeinflußt und umgeformt; sie verlangt von jedem einzelnen Volksgenossen ein größeres Maß an Verantwortung und zwingt ihn gleichzeitig, sein Handeln mehr als bisher auf das Gedeihen des Volksganzen und der Volksgemeinschaft einzustellen.

So empfängt auch die Rechtswissenschaft, besonders das öffentliche Recht, aus der nationalsozialistischen Weltanschauung seinen neuen Gehalt. Durch den Wandel des Denkens erhebt sich die Frage, ob Rechtsinstitute, die bisher volle Geltung beanspruchten, im nationalsozialistischen Staat nicht überflüssig geworden sind oder zum mindesten einen neuen Inhalt bekommen haben.

Gerade auf dem Gebiet der Wirtschaft mußten zur Durchsetzung der neuen Weltanschauung einschneidende Änderungen vorgenommen werden, deren Untersuchung wertvoll ist. In diesem Rahmen erhebt sich die Frage: Wie steht es heute mit der Gewerbefreiheit? Besteht sie noch? Und, wenn ja, welchen Inhalt und Umfang hat sie?

Eine Antwort auf diese Frage läßt sich nur geben, wenn man die Rechtslage von heute mit der im Weimarer Staat vergleicht. Nur durch einen Vergleich läßt sich die inhaltliche und umfängliche Wandlung auch in den Fragen der Gewerbefreiheit feststellen.

Die vorliegende Arbeit setzt sich im ersten Teil mit den allgemeinen Grundlagen der Gewerbefreiheit im Weimarer Staat und im nationalsozialistischen Staat auseinander; sie versucht, den Inhalt der Gewerbefreiheit im nationalsozialistischen Staat zu bestimmen.

Im zweiten Teil werden die im nationalsozialistischen Staat ergangenen Gesetze, die in die Wirtschafts- und Gewerbefreiheit eingreifen, nach den drei hauptsächlichen Gesichtspunkten, Sachkunde und Zuverlässigkeit (als persönliche Voraussetzung) und Bedürfnis (als sachliche Voraussetzung) untersucht.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41544704_0040

I. Die Grundlagen der Gewerbefreiheit im Allgemeinen.

§ 1.

Die Bedeutung des Grundsatzes der Gewerbefreiheit.

I. Der Grundsatz bezieht sich nur auf die Zulassung zum Gewerbebetrieb.

Der Grundsatz der Gewerbefreiheit ist im § 1 der Reichsgewerbeordnung (RGO.) niedergelegt: „Der Betrieb eines Gewerbes ist jedermann gestattet." Jeder darf hiernach jedes Gewerbe beginnen und betreiben, soweit nicht in der Gewerbeordnung oder in Reichsgesetzen, welche die Gewerbeordnung ergänzen, Ausnahmen oder Beschränkungen zugelassen sind. § 1 RGO bezieht sich nach herrschender Ansicht im Schrifttum[1]) nur auf die Zulassung zum Gewerbebetrieb, nicht auch auf die Art der Ausübung. Die gleiche Meinung vertreten das Reichsgericht (RG.), das Oberverwaltungsgericht (OVG.), und das Kammergericht (KG.)[2]). Nach dieser Ansicht ist durch § 1 RGO. lediglich die Zulassung zu einem Gewerbe freigegeben; sie unterliegt allein den durch die RGO. aufgestellten Beschränkungen und darf durch weitere gewerbepolizeiliche Beschränkungen nicht beeinträchtigt werden; anders verhält es sich mit der Ausübung des Gewerbes, ihr steht die freie Konkurrenz gegenüber. Die Ausübung ist allen im Interesse des allgemeinen Wohles erforderlich werdenden Vorschriften der Sicherheits-, Feuer- und Gesundheitspolizei unterworfen (RGZ. Bd. 101/290). Bornhak[3]) vertritt dagegen die Auffassung, das Gesetz regele nicht nur die Zu-

[1]) Hoffmann, Komm. z. RGO § 1 S. 1.
Hoffmann, Nipperdey Bd. 3, S. 152.
Landmann, Komm. S. 71, 91.
Giese, Verf. d. D. R. S. 313.
Anschütz, Verf. d. D. R. S. 701.
Seydel, Bayer. St.R. S. 437.
Hatschek, Verw. Recht. S. 208.

[2]) RGZ Bd. 101/290; Bd. 112/Anh. S. 25.
OVG Bd. 80/347.
KG Bd. 32/C S. 61.

[3]) Archiv f. öff. R. Bd. 5/416.

lassung, sondern auch die Ausübung von Rechts wegen, die Gesetzgebung hätte dieses Gebiet für sich in Anspruch genommen und ließe für Landesgesetze wie für Verordnungen der Behörden nur soweit Raum, als beide sich auf Anordnungen oder Ermächtigungen der Gewerbeordnung stützen könnten. Daß § 1 RGO. die freie Zulassung und Ausübung regelt, wird auch von Seidler[4]) angenommen, der jedoch zugeben muß, Gewerbefreiheit bedeutet nicht Polizeifreiheit, denn jede Freiheit sei nur unter dem Vorbehalt gewährleistet, daß sie die gute Ordnung des Gemeinwesens nicht stört[5]). Wenn Bühler[6]) die Einschränkung der Reklame in landschaftlich hervorragenden Gegenden (Preußisches Gesetz vom 15. 7. 1907, GewArch. Bd. 7/180) als eine Beschränkung der gewerblichen Tätigkeit ansieht, die gegen § 1 RGO. verstößt, so scheint er die Ausübung des Gewerbes in den Begriff „Gewerbefreiheit" einzubeziehen. Wer Reklame treibt, übt seinen Betrieb nur aus. Auch v. Landmann[7]) rechnet ein Reklameverbot auf Grund des preußischen Gesetzes lediglich zu den Ausübungsbeschränkungen, die nicht als Eingriff in den Grundsatz der Gewerbefreiheit zu werten sind.

Nach der hier vertretenen Anschauung ist an der scharfen Trennung zwischen Zulassung und Ausübung festzuhalten. Bestimmend hierfür ist der Grad der Möglichkeit einer Schädigung der Gemeinschaft, und zwar in den drei Abschnitten: Zulassung zum Betrieb, Einrichtung des Betriebes und Ausübung des Betriebes. Man kann behaupten, daß die größte Gefahr einer Schädigung der Gemeinschaft bei der Ausübung vorliegt und daß deshalb die Polizei — als Organ der Staatsgewalt — in der Lage sein muß, hier eine Schädigung der Gemeinschaft zu verhindern. Die Gefahr der Schädigung bei der Einrichtung des Betriebes ist im allgemeinen schon geringer, mit der Zulassung braucht noch gar keine Gefahr verbunden zu sein, zum mindesten ist sie hier am geringsten. Deshalb hat es schon tieferen Sinn, den Grundsatz der Gewerbefreiheit lediglich auf die Zulassung zum Gewerbebetrieb zu erstrecken.

II. § 1 RGO kann für den Einzelnen sowohl „Rechtszustand" als auch „Rechtsverhältnis" bedeuten.

§ 1 RGO. sagt, daß der Betrieb eines Gewerbes jedermann gestattet ist. „Gestatten" bedeutet — von der Person des Handelnden aus gesehen — einfach „dürfen". Wenn jemand etwas darf, so genießt er eine gewisse Freiheit in seinem Willensentschluß. Er „darf" einen Gewerbebetrieb

---

[4]) Seidler, Breslauer Diss. 1926, S. 24, 32.
[5]) a. a. O., S. 25.
[6]) Die Subjektiven öffentlichen Rechte S. 237 mit Anmerkung 347.
[7]) Kommentar S. 97.

beginnen; er braucht, es nicht zu tun. Es ergibt sich nach § 1 RGO. also für den Einzelnen zunächst nur die Möglichkeit, zu einem Gewerbebetrieb zugelassen zu werden, ihn zu beginnen, fortzuführen und aufzugeben[8]). Bühler[9]) bemerkt, daß Gewerbefreiheit genau genommen der Ausdruck für einen Zustand ist, nämlich für den Zustand, der besteht, wenn jedermann sich nach Belieben gewerblich betätigen darf. Auch W. Jellinek[8]) bezeichnet die für den Einzelnen durch § 1 RGO. gewährte Möglichkeit, einen Gewerbebetrieb zu eröffnen, als bloßen Rechtszustand. Aus diesem Rechtszustand entstehen nach seiner Ansicht erst verwaltungsrechtliche Ansprüche und Pflichten, wenn ein bestimmtes Gewerbe betrieben wird oder betrieben werden soll. Durch das Eintreten dieses Tatbestandes wird ein verwaltungsrechtliches Rechtsverhältnis begründet[10]), dann erst hat sich dieser Rechtszustand zu einem Rechtsverhältnis verdichtet[11]).

Demgegenüber behauptet v. Sarwey[12]), § 1 RGO. gebe dem Einzelnen ein Recht auf eine bestimmte wirtschaftliche Tätigkeit, d. h. einen Anspruch auf die Möglichkeit, ein bestimmtes Gewerbe beginnen zu können. § 1 RGO. normiert nach v. Sarwey's Ansicht also nicht nur einen Rechtszustand, aus dem *erst* verwaltungsrechtliche Rechte und Pflichten entstehen, wenn ein Gewerbe betrieben wird, sondern der Einzelne hat *von vornherein* gegen den Staat einen Anspruch auf eine bestimmte wirtschaftliche Tätigkeit. Gegen diese Anschauung ist einzuwenden, daß der Staat auch nach den früheren Anschauungen eine so weitgehende Bindung gegenüber dem Einzelnen nicht eingehen konnte, weil es dem Staat möglich sein muß, die Gewerbefreiheit entsprechend den gesamtwirtschaftlichen Bedürfnissen der Gemeinschaft auszugestalten.

Auch nach der hier vertretenen Auffassung ist in § 1 RGO. zunächst für den Einzelnen nur ein Rechtszustand festgelegt. Dieser Rechtszustand konnte daher ohne weiteres durch den Staat ohne Verletzung eines Anspruchs des Einzelnen geändert (eingeschränkt) werden, weil verwaltungsrechtliche Ansprüche und Pflichten zwischen Staat und Einzelnem erst aus dem Rechtsverhältnis entstehen.

Geht man also von der Ansicht aus, daß der Rechtszustand sich erst zu einem Rechtsverhältnis verdichten muß, so ergibt sich daraus die weitere Frage, in welchem Zeitpunkt die Umwandlung des Rechtszustandes in ein Rechtsverhältnis vor sich geht. Die Antwort auf diese Frage läßt

---

[8]) W. Jellinik, Verw. R. S. 192 a. E.
Köhler, Grundl. d. D. Verw. R. S. 204.
Oeschey, über Gewerbefr. in d. Gesetzgebung des III. Reiches, S. 4.
v. Landmann, Komm. S. 73.
Drews, Preuß. Polizeirecht Bd. II S. 81 a. A.

[9]) S. ö. R., S. 234.

[10]) Wie Jellinek auch Köhler, Grdl. d. D. Verw. R. S. 204.

[11]) W. Jellinek, a. a. O., S. 192/193.

[12]) Verwaltungsrechtspflege S. 510, 524, vgl. auch S. 16 der Arbeit.

sich finden, wenn man die einzelnen Stadien der Errichtung eines Gewerbebetriebs untersucht.

Derjenige, der einen Gewerbebetrieb eröffnen will, faßt zunächst diesen Entschluß gedanklich für sich. Sein Entschluß ist noch nicht in die Außenwelt getreten. Danach wird er unter Umständen mit einzelnen Bekannten über seine Absicht sprechen, um sich vielleicht auch beraten zu lassen. Nunmehr ist seine Absicht bekannt. Diese Absicht soll in die Tat umgesetzt werden. Er mietet gewerbliche Räume und stellt gewerbliche Hilfskräfte an. Er kauft Waren. Er trifft sogenannte Vorbereitungshandlungen, die beispielsweise am 31. 3. beendet sind. Am 1. 4. wird der Gewerbebetrieb ausgeübt.

Ohne Zweifel wird man von einem Rechtsverhältnis zwischen Staat und Einzelnem noch nicht sprechen können, solange der Entschluß sich lediglich in der Gedankenwelt des Einzelnen befindet. Ebenso einfach liegt der Fall, wenn der Gewerbebetrieb eingerichtet und ausgeübt ist; dann besteht eine Rechtsbeziehung zwischen Staat und Einzelnem. Schwierigkeit bereitet nur die Frage, ob man die Vorbereitungshandlungen schon zur Begründung des Rechtsverhältnisses genügen lassen will.

Nach W. Jellinek[13]) wird das Rechtsverhältnis bereits begründet, wenn der Gewerbebetrieb in der Entstehung begriffen ist. Das folgt aus der doppelten Negation seines Satzes, daß die Polizei einen noch nicht in der Entstehung begriffenen Gewerbebetrieb nicht untersagen darf, denn hier habe sich der Rechtszustand noch nicht zu einem Rechtsverhältnis verdichtet.

Deutlich äußert Köhler[14]), verwaltungsrechtliche Ansprüche und Pflichten entstünden erst, wenn in concreto ein bestimmtes Gewerbe betrieben wird oder „betrieben werden will". „Betrieben werden will" bedeutet aber nichts anderes als die Vornahme von Vorbereitungshandlungen. Mithin wird auch von Köhler die Vornahme von Vorbereitungshandlungen für die Entstehung des Rechtsverhältnisses als ausreichend betrachtet.

Ob die von Jellinek und Köhler vertretene Ansicht, daß die Vorbereitungshandlungen bereits das Rechtsverhältnis zur Entstehung bringen, angenommen werden kann, muß geprüft werden. Bedeutungsvoll wird nämlich die Frage, ob durch die Vornahme von Vorbereitungshandlungen das Rechtsverhältnis schon begründet wird, wenn z. B. die Vorbereitungen am 31. 3. beendet sind, der Gewerbebetrieb am 1. 4. ausgeübt werden soll und am 31. 3. ein Gesetz mit Wirkung vom 1. 4. den Betrieb des Gewerbes von einer Erlaubnis abhängig macht, die später z. B. wegen mangelnden Bedürfnisses abgelehnt wird. Die wirtschaft-

[13]) a. a. O., S. 192 a. E.
[14]) Grdl. d. D. Verw. R. S. 204.

liche Schädigung des Einzelnen durch die Verweigerung der Erlaubnis ist offensichtlich. Nimmt man an, daß das Rechtsverhältnis zwischen Staat und Einzelnem durch die Vorbereitungshandlungen entstanden sei, so wird der Einzelne geltend machen, daß der Staat die entstandenen Rechtsbeziehungen nicht plötzlich lösen könne, daß er die Vorbereitungshandlungen im Vertrauen auf die bisherige Rechtslage vorgenommen habe und daß ihm nunmehr ein Recht auf Eröffnung des Gewerbebetriebes kraft des Rechtsverhältnisses zustünde oder daß ihm zum mindesten der infolge der Erlaubnisverweigerung entstandene Schaden zu ersetzen sei. Wenn dagegen zwischen Staat und Einzelnem durch die Vorbereitungshandlungen keinerlei Beziehungen entstanden sind, dann entfällt sowohl der Anspruch auf Eröffnung des Gewerbebetriebes als auch der Schadensersatzanspruch. Diese letzte Ansicht ist aus zwei Gründen zu vertreten: Erstens liegen die Vorbereitungsmaßnahmen zur Eröffnung eines Gewerbebetriebes überwiegend auf privatrechtlichem Gebiet, so daß man eine öffentlichrechtliche Beziehung zwischen Staat und Einzelnem noch nicht herleiten kann. Zweitens kann eine so weitgehende Schadensersatzpflicht des Staates, die schon entstehen soll, wenn die Vorbereitungshandlungen infolge eines Gesetzgebungsaktes nicht zu einer Eröffnung des Gewerbebetriebes führen, im Interesse der Gemeinschaft nicht befürwortet werden. Das Rechtsverhältnis entsteht erst, wenn der Gewerbebetrieb eingerichtet und tatsächlich ausgeübt ist. Durch die Ausübung tritt der Einzelne zu der Öffentlichkeit in Rechtsbeziehungen. Das Publikum betritt z. B. die Verkaufsräume. Die Ausübung unterliegt der Überwachung durch die Gewerbepolizei (vgl. I/S. 7 ff. dieser Arbeit). Die hier vertretene Auffassung liegt auch dem Einzelhandelsschutzgesetz zu Grunde. Hiernach mußte der Gewerbebetrieb mit dem Inkrafttreten des Gesetzes tatsächlich eingerichtet und ausgeübt, also begonnen sein[15]). Wer seinen Gewerbebetrieb zwar eingerichtet, aber nicht ausgeübt hatte, durfte seinen Betrieb nicht mehr eröffnen. Ebenso wurden Entschädigungsansprüche, die mit der Durchführung des Gesetzes entstehen könnten, nach § 10 E. H. Sch. G. nicht gewährt.

Der Begriff „Gewerbefreiheit" bedeutet demnach sowohl Rechtszustand als auch Rechtsverhältnis. Man muß dabei als Vorstufe des Rechtsverhältnisses den Rechtszustand betrachten, der allen Volksgenossen gleichmäßig den Beginn eines Gewerbes ermöglicht. Jeder trifft auf die gleiche Rechtslage des anderen. Durch den Beginn eines Gewerbebetriebes entsteht aus dem Rechtszustand das Rechtsverhältnis. Welchen rechtlichen Inhalt dieses Rechtsverhältnis hat, ist damit noch nicht festgestellt. O. Mayer[16]) sagt treffend: „Daß durch das Rechtsverhältnis auch neue Machtkreise für die Beteiligten (sc. Staat, Indivi-

[15]) Vgl. hierzu Jur. W. 1934/191 u. 1934/1878.
[16]) D. Verw. R. S. 108 (Bd. I) Auflage 1895.

duum) erworben seien, welchen ihrerseits nun eine selbständige öffentlichrechtliche Kraft und Bedeutung zukäme, subjektive öffentliche Rechte, ist in diesem Begriff nicht von selbst schon gegeben". Der Vorteil, der daraus für den einen oder anderen Teil hervorgeht, hat nach seiner Ansicht eben sehr verschiedene Gestalt. Dieses Rechtsverhältnis, das also von dem Begriff der Gewerbefreiheit umfaßt wird, gilt es, genauer zu untersuchen. Indem so das Rechtsverhältnis zum Ausgangspunkt der Betrachtung gemacht wird, ist die Einschränkung vorweggenommen, daß sich Rechte, die aus dem Rechtsverhältnis entstehen sollten, nur auf einen begonnenen Gewerbebetrieb beziehen können. In diesem Sinne sind die Ausführungen über subjektive öffentliche Rechte (s. ö. R.) zu verstehen.

Ferner müssen wir uns vor allem auch die Frage vorlegen: Wie kann der Einzelne sich auf Grund dieses Rechtsverhältnisses gegen ungerechtfertigte Eingriffe der Verwaltungsbehörden verteidigen, wenn die Gewerbefreiheit als ein „Recht" des Einzelnen aufgefaßt wird, wie, wenn sie eine Rechtsnorm ist, die den Verwaltungsbehörden befiehlt, nicht in den Gewerbebetrieb einzugreifen? Wegen dieser Frage gewinnt die Untersuchung über die Rechtsnatur der Gewerbefreiheit auch ihre praktische Rechtfertigung und Bedeutung.

§ 2.

Die Gewerbefreiheit im Weimarer Staat.

Wie schon in der Einleitung (S. 5) kurz angedeutet wurde, läßt sich der rechtliche Inhalt der Gewerbefreiheit im nationalsozialistischen Staat nur durch einen Vergleich mit dem Stand der Gewerbefreiheit im Weimarer Staat bestimmen. Die folgenden Ausführungen befassen sich deshalb mit der Gewerbefreiheit im Weimarer Staat und mit den verschiedenen Ansichten über ihren rechtlichen Inhalt.

I. Der Stand der Gewerbefreiheit im Allgemeinen.

Der Grundsatz der Gewerbefreiheit, ausgesprochen im § 1 RGO., fand seine erneute Bestätigung als reichsgesetzkräftiges Grundrecht[17]) im Artikel 151, Abs. III der Weimarer Reichsverfassung. Die Rechtslage gegenüber der alten Reichsverfassung von 1871 änderte sich insoweit nicht, als nach Art. 4 Ziff. 1 a. RV. die Gesetzgebung und Beaufsichtigung über den Gewerbebetrieb Angelegenheit des Reiches war und alle Vorschriften der früheren Reichsgesetzgebung im Weimarer Staat unverändert fortgalten[18]). Teilt man die Grundrechte wie Giese[19]) in Schutz-

[17]) Anschütz, Verf. d. D. R. S. 701.
[18]) Hoffmann, in Nipperdey Bd. 3, S. 151.
[19]) Giese, Die Grundrechte S. 61, 115.

und Freiheitsrechte ein, so gehört die Gewerbefreiheit zu den letzteren[20]). Unter Freiheitsrechten versteht man solche Rechte, die dem Einzelnen eine Freiheit von Einwirkungen des Staates gewähren[21]). Huber[22]) hat darauf hingewiesen, daß der freiheitlich gestimmte Wortlaut des Art. 151, III RV. der von der wirtschaftlichen Freiheit des Handels und Gewerbes spricht, nicht dazu verleiten darf, hier ein liberales Grundrecht anzunehmen. Wäre im Art. 151, III RV. ein liberales Grundrecht enthalten gewesen, so hätte es eine wirklich staatsfreie Sphäre zu garantieren gehabt. Aber der Absatz III des Art. 151 RV. wurde beeinflußt von der gedanklichen Grundlage des Absatzes I, der für die Ordnung des Wirtschaftslebens allgemein maßgebend sein sollte. Die wirtschaftliche Freiheit des Einzelnen sollte nur gewährt werden, soweit es den Grundsätzen der Gerechtigkeit mit dem Ziele der Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins für alle entspricht. Dieser „soziale Vorbehalt"[23]) sollte die wirtschaftliche Freiheit des Einzelnen unter das Gemeinwohl unterordnen. Auch Oeschey[24]) bemerkt, der Gesetzgebung des Reiches sei Gewerbefreiheit — entsprechend der Entwicklung dieses Begriffes in der Gedanken- und Wirtschaftsgeschichte Deutschlands — niemals Zügellosigkeit im Sinne eines egoistischen Individualismus gewesen.

Die Nachkriegszeit brachte Beschränkungen der Gewerbefreiheit. Einmal war die Wirtschaft durch den Weltkrieg aus ihrer ruhigen Entwicklung herausgerissen worden und bedurfte einer planmäßigen Regelung, die mit den Zielen der damaligen Regierungen in Einklang stand, zweitens wollte man „mit Rücksicht auf die durch den Weltkrieg hervorgerufenen anderen Anschauungen weitergehende Einschränkungen der Gewerbefreiheit herbeiführen, um eine der Sitte und Moral entsprechende Ausübung der freien Erwerbstätigkeit sicherzustellen"[25]).

In der Nachkriegszeit sind zur Beseitigung augenblicklicher Notstände auf den verschiedensten Gebieten zahlreiche Gesetze ergangen, welche die Genehmigungspflicht für bestimmte Gewerbebetriebe einführten. Auf eine Aufzählung kann hier verzichtet werden[26]). Daß diese Maßnahmen nicht ausreichten, um eine wesentliche Besserung im Wirt-

---

[20]) Ebenso Thoma, der von Freiheitsverbürgung spricht in Nipperdey, Bd. 1 S. 22.

[21]) Meyer-Anschütz, Lehrbuch d. St. R. Teil III S. 953.
C. Schmitt, Verfassungslehre S. 163.

[22]) Huber, Bedeutungswandel d. Grundrechte im Arch. f. öff. R. Bd. 23 n. F. S. 38 ff.
Huber, Das Deutsche Reich als Wirt. Staat S. 8.

[23]) Huber, Bedeutungsw. d. Grundr. S. 38.

[24]) Oeschey, a. a. O., S. 3 a. E.

[25]) Hoffmann, in Nipperdey Bd. 3. S. 151 ff.

[26]) Vgl. hierzu Huber, Wirt. Verw. Recht S. 79 ff. und Hoffmann, in Nipperdey Bd. 3. S. 161 ff.

schafts- und Gewerbeleben zu erzielen, lag an dem häufigen Wechsel der Regierungen und damit an der uneinheitlichen Willensrichtung.

Der Grundsatz der Gewerbefreiheit bestand also zur Zeit des Weimarer Staates nicht mehr in seinem ursprünglichen Sinn, daß jedem der Betrieb jedes Gewerbes gestattet sei. Inhalt und Umfang der Gewerbefreiheit richteten sich nach den bestehenden Reichsgesetzen, die ganz wesentliche Einschränkungen enthielten. Huber[27]) meint darum, die Wirtschaftsfreiheit wie sie im Weimarer Staat (1931) konkret vorhanden ist, sei weder die ursprüngliche Freiheit des Liberalismus noch die innerhalb allgemeiner Gesetze bestehende Freiheit, wie die Weimarer Reichsverfassung sie garantiert, sondern sie sei (wenigstens in den wichtigsten Fällen) die Freiheit, das zu tun, was staatliche Behörden nach gehöriger Prüfung des Einzelfalles vorzuschreiben oder zuzulassen oder zu fördern für gut befinden; alle diese Maßnahmen bewirkten eine Aushöhlung und Ausleerung der verfassungsmäßigen Garantie.

Von diesem Rechtszustand hat man auszugehen, wenn man Inhalt und Umfang der Gewerbefreiheit im nationalsozialistischen Staat betrachten will (siehe § 3).

II. Der rechtliche Inhalt der Gewerbefreiheit.

Im Schrifttum war die Ansicht über die Rechtsnatur der Grundrechte nicht einheitlich[28]); die einen sahen in den Grundrechten lediglich objektive Rechtsnormen, die sich an die Staatsgewalt richten und Schranken für die Machtbefugnisse der Behörden bilden[29]), die anderen behaupteten[30]), die echten Grundrechte seien subjektive öffentliche Rechte (ſ. ö. R.). Der Unterschied beider Auffassungen liegt in der verschiedenen Beurteilung des Verhältnisses zwischen Staat und Einzelnem begründet.

1. Die Vertreter der Herrschaftstheorie (Bornhak, Seydel, Laband), die den Einzelnen als der Staatsgewalt unterworfen betrachten und die Möglichkeit einer Gleichordnung zwischen Staat und Individuum verneinen, können dem Staatsbürger auch keinen Anspruch gegen die öffentliche Gewalt zubilligen. Das Grundrecht als objektive Rechtsnorm schreibe den Verwaltungsbehörden ein bestimmtes Verhalten im Gemeininteresse vor, das dem Einzelnen mittelbar zugute komme.

---

[27]) Huber, Das Deutsche Reich als Wirtsch. Staat S. 24.

[28]) Vgl. hierzu die grundlegende Darstellung Giese's, Die Grundrechte, S. 27 ff.

[29]) Laband, Staatsrecht. d. D. R. Bd. 3. S. 207 Anm. 1.
Bornhak, Preuß. St. R. S. 295.
Seydel, Bayer. St. R. Bd. 1 S. 173.
Fleischmann, Eger's Eisenbahnrechtl. Entsch. Bd. 21 309.

[30]) Vgl. die bei Meyer-Anschütz Teil 3 S. 953 Anm. 2 angeführte Literatur; ferner Bühler S. ö. R. S. 234 und Festg. f. Fleiner S. 54.

Die Begünstigung trete durch den Vollzug des objektiven Rechts ein[31]), ohne daß der Einzelne einen Anspruch auf ein bestimmtes Verhalten der Verwaltungsbehörde habe (Reflexwirkung objektiven Rechts). In diesem Sinne fassen Seydel und Laband die Gewerbefreiheit auf. Seydel[32]) führt über die sogenannten Grund- und Freiheitsrechte aus, daß diese angeblichen Rechte, wie Gewerbefreiheit, Freizügigkeit, Verehelichungsfreiheit und wie sie alle heißen mögen, Normen für das Handeln der Regierungsgewalt sind, aber keine Rechte der einzelnen Staatsangehörigen. Für Laband ist die Gewerbefreiheit überhaupt kein Begriff von positivem Rechtsinhalt und noch viel weniger ein subjektives Recht sondern die Negation gesetzlicher Beschränkungen der allgemeinen Handlungsfreiheit in bezug auf die gewerbliche Tätigkeit. Dieser Auffassung schließt sich Seidler[33]) an, der in der Gewerbefreiheit einen vom objektiven Recht geschützten Freiheitskreis sieht, weil der Einzelne lediglich den Widerschein des objektiven Rechts empfängt und förmlicher Gesetzeskostgänger ist; es sei Amtspflicht jeder Behörde, den Grundsatz der Gewerbefreiheit gegenüber jedermann hochzuhalten. Die Laband'sche Lehre vertreten neuestens wieder Oeschey[34]) und Oesterle[35]). Auch nach Drews[36]) ist die Gewerbefreiheit ein Freiheitsrecht oder Abwehrrecht, das dem einzelnen Staatsbürger das Recht gibt, die Unterlassung solcher belastenden Verwaltungsakte zu verlangen, die ihm die Gewerbeausübung verbieten und dabei nicht auf reichsgesetzliche Vorschriften zurückgeführt werden können. Die Gewerbefreiheit ist nach Drews nur Reflexwirkung objektiven Rechts. Ein individueller Schutz des Rechts zum Gewerbebetrieb, der sich gegenüber der öffentlichen Gewalt zu einem positiven Anspruch verdichten könnte, ist in § 1, I RGO. nach seiner Ansicht nicht enthalten.

2. Der ersten Auffassung der Grundrechte als objektiver Rechtsnorm steht die nicht weniger stark vertretene Lehre gegenüber, daß die Grundrechte s. ö. R. sind, die dem Einzelnen *in seinem Interesse* einen Anspruch gegen die Staatsgewalt gewähren, auf den er sich der Verwaltung gegenüber berufen kann, auf Grund dessen er vom Staat etwas verlangen kann oder ihm gegenüber etwas tun darf[37]). Von den Vertretern dieser Ansicht (Bühler[38]), v. Laun[39]), Giese[40])) wird die

---

[31]) Huber, Wirtsch. Verw. R. S. 44.
[32]) Seydel, a. a. O., S. 173.
[33]) Bresl. Diss. S. 58.
[34]) Oeschey, a. a. O., S. 4, 7.
[35]) Oesterle, Jur. W. 1933/1230 mit dem Bemerken: „Diese Ansicht ist allerdings bestr."
[36]) Drews, Pol. Recht Bd. 2 S. 80. [37]) Bühler, Festg. f. Fleiner S. 36.
[38]) Bühler, Festg. f. Fleiner S. 31, 38 ff., S. ö. R. S. 234.
[39]) v. Laun, Recht zum Gewerbebetrieb S. 198 a. E.
[40]) Giese, Die Grundrechte S. 74.

Gewerbefreiheit als s. ö. R. betrachtet, das zum Inhalt die Nichtverletzung einer Freiheitssphäre durch den verwaltenden Staat hat, also ein „non facere" der Behörde.

Auch nach Huber[41]) war zur Zeit des Weimarer Staates ein Streit darüber nicht mehr möglich, daß alle echten Grundrechte s. ö. R. sind und im Kerne darin bestehen, dem Individuum eine Sphäre der Freiheit vor Eingriffen der Staatsgewalt sicherzustellen und zu diesem Zweck einen Anspruch auf Unterlassung aller hoheitlichen Störungen der Freiheit zu gewähren. Huber[42]) sieht daher auch die Gewerbefreiheit als ein s. ö. Abwehrrecht an. Die Mehrzahl der neueren Dissertationen[43]) kommt ebenfalls zu dem Ergebnis, daß in der verfassungsmäßigen Garantie der Gewerbefreiheit nunmehr unbestritten ein s. ö. R. zu erblicken sei, das jedem ein Mindestmaß gewerblicher Freiheit sichern soll.

v. Sarwey[44]) spricht sogar von einem Recht zum Gewerbebetrieb (i. S. eines Rechts auf eine bestimmte wirtschaftliche Tätigkeit). Der Einzelne hat also von vornherein einen Anspruch auf die Möglichkeit, ein bestimmtes Gewerbe beginnen zu können. Wir haben jedoch schon dargelegt (vgl. S. 8 ff.), daß durch § 1 RGO zunächst für den Einzelnen nur die „Möglichkeit" besteht, einen Gewerbebetrieb zu beginnen, daß es sich zunächst nur um einen Rechtszustand handelt. Verdichtet sich der Rechtszustand zu einem Rechtsverhältnis, so kann dieses Rechtsverhältnis ein s. ö. R. gegenüber der Verwaltungsbehörde zur Entstehung bringen. Es besteht aber nicht von vornherein ein subjektives Recht zum Gewerbebetrieb oder „ein sofortiger publizistischer Anspruch" gegen den Staat[45]). Das durch § 1 RGO gewährte s. ö. R. steht dem Einzelnen erst zu, wenn er seinen Gewerbebetrieb begonnen hat. Es hat nur zum Inhalt die Abwehr ungerechtfertigter staatlicher Eingriffe in den Freiheitskreis.

3. Geht man allein von dem Verhältnis Staat — Einzelner aus, so scheint für die Annahme, die Gewerbefreiheit sei im Weimarer Staat ein s. ö. Abwehrrecht gewesen, folgendes zu sprechen: Seydel und Laband können wegen ihrer obrigkeitsstaatlichen Auffassung des Verhältnisses Staat — Einzelner die Gewerbefreiheit nicht als s. ö. R. gelten lassen. Ihre Anschauung ist berechtigt, solange ein starker Staat vorhanden ist. Verschiebt sich infolge veränderter Anschauungen und anderer Einflüsse

---

[41]) Huber, Wirt. Verw. R. S. 74.
[42]) Huber, Wirt. Verw. R. S. 76.
[43]) Dahmen, Kölner Diss. S. 26.
Dreyer, Marb. Diss. S. 14.
Dulige, Hamburg. Diss. S. 20.
Schuster, Gött. Diss. S. 41/42.
Vgl. Neuestens Köhler in seinem Lehrbuch, Grdl. d. D. Verw. R. S. 224, der die Gewerbefreiheit unter Beitritt zu Bühler gleichfalls als s. ö. R. betrachtet.
[44]) Verwaltungsrechtspflege S. 510, 524.
[45]) Seidler, a. a. O., S. 38.

das Gewaltverhältnis zwischen Staat und Untertan, tritt der Einzelne in eine mehr gleichgeordnete Stellung zum Staat, um so eher besteht die Neigung, dem Einzelnen mehr Freiheitsrechte und Ansprüche gegenüber der Staatsgewalt einzuräumen. Eine unabhängige, starke Staatsführung bestimmt den Freiheitsbereich, der dem Staatsbürger zugute kommt. Eine aus den zu begünstigenden Individuen selbst hervorgehende Staatsgewalt gewährt wegen ihrer Abhängigkeit dem Einzelnen viel leichter eine größere Freiheitssphäre[46]). Im Weimarer Staat fehlte eine einheitliche Führung. Die Abhängigkeit der Regierungen von den Parteien, ihr dauernder Wechsel waren nicht geeignet, das Vertrauen in den Staat zu stärken. Es ist daher zu verstehen, daß der Einzelne sich dem Staate gleichgeordneter fühlte und möglichst volle Freiheit seiner privaten Sphäre beanspruchte. Das „Denken in Ansprüchen" gegen den Staat konnte weiteren Boden gewinnen. Mit dieser Überlegung stimmen die Bemerkungen Köhlers[47]), Hubers[48]), Koellreuters[49]) überein, daß erstens für das s. ö. R. eine Abschwächung des Ungleichheitsverhältnisses zwischen den Beteiligten wesentlich ist, zweitens im liberalen Staat eine allgemeine Vermutung gilt, eine im objektiven Recht vorgesehene Begünstigung des Einzelnen solle ein subjektives Recht begründen, und drittens im bürgerlichen Rechtsstaat die Tendenz bestand, das Gebiet der s. ö. R. möglichst weit auszudehnen.

III. Die praktische Bedeutung der rechtlichen Beurteilung der Gewerbefreiheit (II S. 14 ff.) für die Frage der Aktivlegitimation im Verwaltungsstreitverfahren.

Jene theoretische Erwägung, aus dem Verhältnis Staat — Einzelner die Rechtsnatur der Gewerbefreiheit zu bestimmen, genügt nicht. Vielmehr zeigen die beiden geschilderten Theorien über die Grundrechte (vgl. II S. 14 ff.) ihre Berechtigung erst, wenn man ihre praktischen Auswirkungen ins Auge faßt. Diese praktischen Auswirkungen treten in dem Augenblick hervor, in dem die Gewerbefreiheit z. B. durch eine Verfügung einer Behörde verletzt wird und der Verletzte sich nunmehr fragt, wie er sich gegen die Beeinträchtigungen schützen kann. Gegenvorstellung bei der Behörde, durch deren Verfügung man sich verletzt fühlt, und formlose Beschwerde bei der höheren Behörde gegen die Verfügung der unteren Behörde führen nicht immer zu einer erneuten, sachlichen Prüfung der erlassenen Verfügung, weil der Verletzte mangels eines bestimmten förmlichen Verfahrens die Behörden nicht zu einer Nachprüfung oder

---

[46]) Giese, a. a. O., S. 80.
[47]) Grundlehren S. 221.
[48]) Wirt. Verw. R. S. 44 a. E.
[49]) Allgemeine Staatslehre S. 83.

Abänderung ihrer Verfügungen zwingen kann. Der Verletzte ist deshalb günstiger gestellt, wenn er gegen eine Verfügung, durch die er beschwert wird, die Klage vor einem Verwaltungsgericht anstrengen kann, weil das Gericht entsprechend den Verfahrensvorschriften in genau bestimmter Weise auf seinen Antrag eingehen muß.

Ob der Einzelne bei einer Verletzung der Gewerbefreiheit zur Erhebung der Klage vor dem Verwaltungsgericht berechtigt („aktivlegitimiert") ist, hängt in erster Linie davon ab, welche Aufgabe man der Verwaltungsgerichtsbarkeit zuweist. Die Ansichten im Schrifttum über die Aufgaben der Verwaltungsgerichtsbarkeit sind geteilt gewesen. Ein Teil der Schriftsteller stand unter dem Einfluß der Lehre von Rudolf von Gneist[50]), nach der die Verwaltungsgerichtsbarkeit der Wahrung der objektiven Rechtsordnung zu dienen hat[51]). Ein anderer Teil[52]) wies der Verwaltungsgerichtsbarkeit vornehmlich den Schutz der s. ö. R. zu. Diese letztere Auffassung hat auch das preußische OVG in einer Entscheidung im Bd. 78/259 ff. unter Bezugnahme auf die Entscheidung im 2. Bd. S. 355 ff. ausdrücklich aufrecht erhalten, daß das Verwaltungsstreitverfahren seiner ganzen Anlage und Aufgabe nach darauf beschränkt und nur dazu bestimmt sei, dem Schutz solcher Interessen zu dienen, deren Verletzung zugleich eine Verletzung subjektiver Rechte in sich schließt.*) Eine Mittelmeinung sieht in der Verwaltungsgerichtsbarkeit sowohl den Schutz der s. ö. R. als auch die Wahrung des objektiven Rechts[53]). Zu der letzten Auffassung ist auch O. Mayer[54]) zu rechnen, wenn er meint, die Verwaltungsrechtspflege „könne" auch bloß dem Schutz der objektiven Rechte dienen, der aufrechtzuerhaltenden Rechtsordnung und damit mittelbar den durch diese geschützten Interessen, die nicht notwendig die bestimmte Form von subjektiven Rechten an sich tragen. Nach v. Kirchenheim[55]) ist nicht nur der Schutz individueller Rechte, sondern auch die Wahrung der objektiven Rechtsnorm Zweck der Verwaltungsrechtsprechung. Für Hatschek[56]) ist die Aufgabe des Verwaltungsprozesses sowohl die Geltendmachung subjektiven Rechts als auch die Durchsetzung der objektiven Rechtsordnung, wobei auf die letztere der Schwerpunkt zu legen ist.

---

[50]) Der Rechtsstaat S. 270 ff.

[51]) Vgl. auch Loening, D. Verw. R. S. 796: „Die Verwaltungsklage ist nur gegeben zum Schutz und zur Aufrechterhaltung der Rechtsordnung". — In Widerspruch steht hierzu seine Ausführung im Verw. Arch. Bd. VII/S. 68.

[52]) Vgl. z. B. Huber, Wirt. Verw. R. S. 162,
W. Jellinek, Verw. R. S. 304/305.

*) Vom Verfasser gesperrt.

[53]) Friedrichs, Verwaltungsrechtspflege Bd. I/282,
So für Preußen auch Bühler, S. ö. R. S. 289/290.
Ferner Fleiner, Institutionen S. 256/257.

[54]) D. Verw. R. Bd. I/132. [55]) Verw. R. S. 107. [56]) Verw. R. S. 364.

Je nachdem welcher Auffassung man sich anschließt, hängt die Zulassung der Verwaltungsklage also weiter davon ab, ob man in der Gewerbefreiheit ein s. ö. R. sieht oder nicht.

An folgendem Beispiel mag die Sachlage erläutert werden:

Nehmen wir an, einem Gewerbetreibenden wird durch polizeiliche Verfügung ohne Grund der Betrieb seines Gewerbes untersagt. Er legt fristgemäße Beschwerde bei der zuständigen Stelle ein, weil die polizeiliche Verfügung unmittelbar in seine Rechte eingreift (§ 45 PVG = Pr. Polizeiverwaltungsgesetz). Gegen den abweisenden Beschwerdebescheid erhebt er Klage vor dem Verwaltungsgericht, die er darauf stützt, daß der angefochtene Bescheid ihn in seinen Rechten beeinträchtige (§ 50 PVG).

Der Streit geht nun entsprechend den verschiedenen Ansichten über die Aufgabe der Verwaltungsgerichtsbarkeit darum, ob für die Aktivlegitimation unter dem Begriff „in seinen Rechten beeinträchtigt" nur die Verletzung s. ö. R. zu verstehen ist oder ob hierfür die Verletzung objektiven Rechts genügt. Diejenigen Schriftsteller, die den Zweck der Verwaltungsrechtspflege in der Wahrung der s. ö. R. erblicken, verstehen unter den Worten „seine Rechte" subjektive Rechte[57]). Eine Aktivlegitimation nach § 50 PVG ist dann nur gegeben, wenn die Gewerbefreiheit ein s. ö. R. ist. Für diese Schriftsteller kommt es also darauf an, die Gewerbefreiheit als s. ö. R. darzustellen, damit sie bei einer Verletzung Rechtsschutz genießt.

Vertritt man dagegen die Anschauung die Verwaltungsgerichtsbarkeit diene nicht speziell dem Schutz der s. ö. R., sondern auch der Wahrung des objektiven Rechts, dann liegt die Sache anders. Dann steht nicht der Einzelne mit seinen subjektiven Rechten im Mittelpunkt, sondern das Recht selbst ist Gegenstand des Schutzes. Zum Schutz des Rechts gehören

---

[57]) Vgl. Bühler, S. ö. R. S. 289/290.
W. Jellinek, Verw. R. S. 201, 209, 304, 305.
Loening, Verw. Arch. Bd. 7/68, vgl. Fußnote 51.
Jebens, Pr. Verw. Bl. 19/128 Nr. 3 rechts.
Dahmen, Köln. Diss. S. 37: Widerspruchsvolle Ansicht! Da D. die Gewerbefreiheit als s. ö. R. betrachtet, gehöre sie in das System der einem erhöhten Rechtsschutz unterliegenden Rechte, nach D. ist nämlich wichtig, ob sich eine Partei auf ein s. ö. R. berufen kann, insofern bei einem unzulässigen Eingriff der Verwaltung behauptet werden muß, daß der Kläger in seinem Rechte verletzt ist. In Widerspruch hierzu steht seine Anm. No. 4, nach der das Sich-Berufen-Können auf ein s. ö. R. für das preußische Recht nicht von ausschlaggebender Bedeutung sei, weil hier — infolge des Einflusses der Lehre von Rud. Gneist — die Verwaltungsgerichtsbarkeit auch als Schutz der objektiven Rechtsordnung gelte. (Vgl. Hatschek, Verw. R. S. 363.)
Vgl. Klausener, Kerstiens, Kempner, Komm. z. PVG. § 50, § 45 No. 2.
Vgl. Franzen, Lehrkomm. § 50, PVG. S. 198 a. E.
Rosin, Stengel-Fleischmann Bd. III. S. 110.

subjektive Rechte, rechtlich geschützte Interessen und bloße Reflexwirkungen. Der Unterschied zwischen s. ö. R., rechtlichem Interesse und bloßen Reflexwirkungen besteht dann praktisch nicht mehr, denn hier läßt sich der Hinweis von Herrnritt[58]) nicht ganz von der Hand weisen, daß ein konkretes Interesse, sobald es von einer Partei vor der Behörde geltend gemacht werden kann, dadurch eben zu einem subjektiven Recht wird. Besser würde man vielleicht sagen, daß sich das konkrete Interesse von einem s. ö. R. in seiner praktischen Wirkung nicht mehr unterscheidet. Legt man diese Ansicht dem § 50 PVG zu Grunde und versteht unter der Fassung „in seinen Rechten beeinträchtigt" nicht allein den Schutz individueller Rechte, sondern auch der bloßen Reflexwirkungen[59]), dann ist es ganz gleichgültig, ob man die Gewerbefreiheit als s. ö. R. oder als bloße Reflexwirkung objektiven Rechts betrachtet. Jede schwächere Position genügt zur Klaglegitimation.

Das preußische OVG hat in einer Entscheidung im Bd. 81/368 zur Frage der Aktivlegitimation im Verwaltungsstreitverfahren bei einer Verletzung der Gewerbefreiheit in etwas eigenartiger Weise Stellung genommen. Der Sachverhalt war folgender:

„Eine städtische Polizeibehörde nahm mehreren Milchhändlern, deren Milchhandel nach ihrer Ansicht gegen bestehende Vorschriften verstieß, ihre mit Milch gefüllten Flaschen und andere Gefäße fort. Das OVG führt hierzu aus: Die Wegnahme der Flaschen mit Milch und der gefüllten Handkanne durch die städtische Polizeiverwaltung bildete einen Eingriff in die natürliche Rechtssphäre der Kläger*), nämlich eine Maßnahme unmittelbaren polizeilichen Zwanges ohne vorherige Androhung, die für die Kläger, soweit sie Milchhändler sind, zugleich stillschweigend das polizeiliche Verbot einschloß, mit derartiger Flaschenmilch überhaupt weiterhin Handel zu treiben, die sie also insbesondere auch in ihren auf der Gewerbefreiheit beruhenden Rechten (§ 1 RGO) zu verletzen geeignet war.*) Die Wegnahme störte die Kläger in ihrem Eigentums-, Besitz- oder Gewahr-

[58]) Grdl. d. Verw. R. S. 476 Anm. 29.

[59]) So: Anschütz, Verfassungsurkunde Preuß. S. 97.
Hatschek, Verw. R. S. 422.
Berner, v. Brauchitsch Bd. I/222. 24. Aufl.
Friedrichs, Komm. z. LVG. § 127 No. 43. S. 300.
ders., Komm. z. PVG. § 45 No. 4, vgl. die engere Fassung gegen § 50 No. 6.
ders., Verwaltungsrechtspflege Bd. I/282, Bd. II/596.
Fleiner Institutionen S. 232.
Bornhak, Preuß. Staatsrecht Bd. I/§ 46, Bd. II/§ 138 S. 447.,
Grundr. d. Verw. R. S. 123.
Seidler, Bresl. Diss. S. 42.
Jesse, DJZ. 1926/Sp. 5.

*) Vom Verfasser gesperrt.

samsrecht und stellte eine polizeiliche Verfügung im Sinne der §§ 127 ff. dar".

Das OVG hatte sich im Bd. 38/66 zu der Laband'schen Auffassung bekannt, nach der die Gewerbefreiheit weder positiven Rechtsinhalt hat noch ein subjektives Recht ist. Mit einem Male beruhen auf der Gewerbefreiheit Rechte, die verletzt werden können, obwohl sie weder positiven Rechtsinhalt hat noch ein subjektives Recht ist. Die richtige Folge wäre gewesen, daß die Verletzung der auf der Gewerbefreiheit beruhenden Rechte zur Klaglegitimation nach § 127 LVG hätte genügen müssen. Diesen Schluß zieht das OVG nicht, weil es sich auf die Labandsche Auffassung festgelegt hat. Es begründet die Aktivlegitimation damit, daß der Eingriff in die Eigentums-, Besitz- oder Gewahrsamsrechte die Kläger in ihren Rechten verletzt.

Da das OVG die Gewerbefreiheit nicht als s. ö. R. anerkannt hat, so war der Verletzte gezwungen, einen Eingriff in andere subjektive Rechte, wie Eigentum und Besitz, darzutun, um nach § 127 LVG bezw. § 50 PVG vorgehen zu können. Obwohl die Auffassung der Gewerbefreiheit als s. ö. R. auch der überwiegenden Ansicht im Schrifttum entsprach, hat sich diese Anschauung infolge der eigenartigen Rechtsprechung des OVG praktisch nicht durchzusetzen vermocht. Auch Laband, Seydel und Bornhak, welche die Grundrechte und die Gewerbefreiheit als objektive Rechtsnorm ansehen und die Verwaltungsgerichtsbarkeit als Schutz der objektiven Rechtsordnung begreifen, haben ihrer Meinung in der Praxis keine Geltung verschaffen können, weil das OVG den Schutz der objektiven Rechtsordnung nicht als Hauptzweck der Verwaltungsgerichtsbarkeit ansieht und bei einer Verletzung der Gewerbefreiheit als objektiver Rechtsnorm hilfsweise andere subjektive Rechte zur Begründung der Klaglegitimation heranzieht (vgl. OVG Bd. 81/368 ff. u. S. 20 d. Arbeit).

Im Weimarer Staat führte die „Sorge" um den Einzelnen zu einer immer größeren Ausweitung der subjektiven Rechte, so daß man als Hauptaufgabe der Verwaltungsgerichtsbarkeit den Schutz der subjektiven Rechte des Einzelnen betrachten muß[60]). „Der Schutz des Einzelnen" gegen Anordnungen und Verfügungen der Verwaltungsbehörden sollte gerade durch die Verwaltungsgerichte garantiert werden und ist ausdrücklich im Art. 107 RV verlangt. Wenn daher die Lehre zu überwiegendem Teile die Gewerbefreiheit im Weimarer Staat zu den s. ö. R. zählte und so einem erhöhten Rechtsschutz unterstellen wollte, folgte sie nur dem zeitgemäßen Bestreben, den Lebens- und Rechtskreis des Einzelnen gegenüber dem Staat möglichst zu stärken und abzugrenzen.

---

[60]) Vgl. Maunz, DJZ. 1934/1046 ff.
Vgl. Schmidt, R. Verw. Bl. 1935/406.
Vgl. Huber, Wirt. Verw. R. S. 162.

§ 3.

Die Gewerbefreiheit im nationalsozialistischen Staat.

I. Die Gewerbefreiheit besteht noch als allgemeine Norm.

Seit der Machtübernahme durch den Nationalsozialismus haben die Grundrechte einen anderen Inhalt bekommen. Die Abgrenzung und Sicherung der Einzelinteressen gegenüber der Gemeinschaft war der Hauptinhalt des Weimarer Grundrechtskatalogs, indem die Gewerbefreiheit im Sinne einer Freiheistverbürgung stand. Auch auf den Begriff „Gewerbefreiheit" ist die nationalsozialistische Revolution nicht ohne Einfluß geblieben, denn mit Recht macht Huber[61]) darauf aufmerksam, daß das Grundrecht von jeder Entwicklung der Nation besonders empfindlich berührt wird und für seine Auslegung nicht der historische Sinn, den es bei seiner Entstehung besaß, sondern der aktuelle Sinn, den es in der gegenwärtigen, geistigen Situation hat, entscheidend ist. Das führt zunächst zu der allgemeinen Frage, ob die Grundrechte im heutigen Staat überhaupt noch Geltung beanspruchen können, und wenn das der Fall ist, welche Bedeutung ihnen zukommt.

Im bürgerlichen Rechtsstaat hatten die Grundrechte erstens die Aufgabe zu erfüllen, die „staatsfreie", „private", „individuelle", „souveräne" Sphäre des Bürgers vor Eingriffen der Staatsgewalt zu sichern, — insoweit kam ihnen eine Abwehrfunktion zu —, zweitens sollten sie dem Einzelnen die freie Gestaltung dieser „privaten" Sphäre garantieren[62]). Diese beiden Funtionen der Grundrechte haben nur solange einen Sinn, als der Gegensatz zwischen dem Einzelnen und dem Staat als dem Organ der Volksgemeinschaft aufrecht erhalten bleibt. Entfällt die gegensätzliche Einstellung des Einzelnen zur Gemeinschaft infolge veränderter Auffassung des staatlichen Lebens, erkennt der Einzelne, daß sein Dasein, seine Entwicklung mit dem Wohl der Gemeinschaft eng verbunden ist, so vermindert sich für ihn die Bedeutung einer absolut eignen Sphäre, die es in Wirklichkeit für den einzelnen Bürger auch nie gegeben hat. Man muß sich darüber klar sein, daß es von jeher im Belieben des Staates stand, das Maß der Freiheit zu bestimmen, das er seinen Untertanen gewähren wollte. Auch nach der Weimarer Verfassung war eine Beschränkung der Sphäre des Einzelnen, wie sie insbesondere durch die Art. 111, 112, 114, 115, 117 RV gewährleistet werden sollte, durch einfaches Reichsgesetz zulässig. Es gibt keinen Staat, der sich seiner Herrschaftsbefugnisse über seine Untertanen begibt. Es ist deshalb verständlich, daß ein Teil des Schrifttums jenen Freiheitsverbürgungen skeptisch gegenüberstand und die Grundrechte als allgemeine Phrasen bezeichnete[63]).

---

[61]) Arch. f. öff. R. Bd. 23 n. F. / S. 2 ff.
[62]) Giese, Die Grundrechte S. 61.
[63]) Bornhak, Grundriß d. D. St. R. S. 54.

Die Frage nach der Berechtigung der Grundrechte im nationalsozialistischen Staat wird im Schrifttum im Zusammenhang mit dem Problem des Fortbestandes der Weimarer Verfassung behandelt, weil die Grundrechte eine der „fünf Säulen" waren, auf denen die Weimarer Verfassung ruhte[64]). Zwei Ansichten stehen sich gegenüber:

1. „Das gesamte öffentliche Recht des heutigen Staates steht auf eignem Boden. Die Weimarer Verfassung gilt nicht mehr"[65]). C. Schmitt und Lauer geben zu, daß einzelne Bestimmungen der Weimarer Verfassung noch gelten, soweit sie nicht der neuen Rechtslage widersprechen, jedoch nicht als Grundlage und Legitimierung des heutigen Staates. Die Grundrechte können als Ganzes keine Geltung mehr beanspruchen, weil sie mit der nationalsozialistischen Staatsidee unvereinbar sind (So insbesondere Huber Jur. W. 1934/1745). Der Bestand der nicht ausdrücklich durch die Verordnung zum Schutze von Volk und Staat (28. 2. 33) außer Kraft gesetzten Grundrechte hängt davon ab, ob und inwieweit sie mit den Formen des neuen deutschen Staatslebens in Einklang stehen und daher auch als Normen des nationalsozialistischen Staatsrechts angesehen werden können[66]).

2. „Die Verfassung von Weimar gilt nach dem Willen des Führers und ausdrücklichen Gesetzesvorschriften formal noch"[67]). Die Grundrechte gelten auch nach Nicolai[68]) nicht mehr, er fügt jedoch die Einschränkung hinzu: „was im einzelnen zu untersuchen wäre". Nach Medicus[69]) bestehen die Rechtssätze der Weimarer Zwischenverfassung insoweit formalrechtlich noch fort, als sie nicht durch die Rechtssetzung im Dritten Reich ungültig oder gegenstandslos geworden sind, oder als sie nicht — wie z. B. die Grundrechte — als Lebensäußerungen einer überwundenen liberalistischen Weltanschauung mit dem nationalsozialistischen Ideengut in Widerspruch stehen, sie bilden selbstverständlich kein Verfassungsrecht, sondern sind einfache Rechtsnormen.

---

64) Huber, Jur. W. 1934/1745.

65) Lehre von C. Schmitt, Staat, Bewegung, Volk S. 5.
ders., Jur. W. 1934/1745.
Huber, Vom Sinn der Verfassung S. 19/20.
Huber, Zeitschr. f. d. ges. St. W. Bd. 95/206.
Lauer, Die Polizei im nat. soz. Staat S. 19/20.

66) Lauer, a. a. O., S. 19/20.
Dennewitz, Staatslehre u. nat. soz. Staat S. 19.

67) Nocolai, Der Neuaufbau d. Reiches S. 33.
ders. Jahrbuch d. Deutsch. Rechts S. 464.
ders., Grundlagen der kommenden Verf. S. 86.
Medicus, Arch. f. öff. R. Bd. 25 n. F./67 ff.
Meißner-Kaisenberg, Staats- u. Verw. R. i. III. Reich S. 17.

68) a. a. O., S. 34, ebenso Pfundtner i. Nat. soz. Hdb. 335.
Köhler, Grundlehren S. 225.

69) Knubben, R. u. Pr. Verw. Bl. 1934/774.
Medicus, vgl. Anm. 67.

Es ist bedeutungslos für unsere Untersuchung, welcher Auffassung man sich anschließt, weil beide Lehren anerkennen, daß einzelne Normen der Weimarer Verfassung zwar nicht mehr als Verfassungsrecht des heutigen Staates, aber als allgemeingültige Regeln unter der Voraussetzung gelten können, daß sie mit der heutigen Staatsidee nicht in Widerspruch stehen. C. Schmitt hat nachgewiesen[70]), daß einzelne Sätze der Weimarer Verfassung — z. B. Art. 131 — als einfache Gesetze weiter gehandhabt werden, das sei ein in der Rechtsgeschichte häufiger Vorgang und habe mit der Frage der Weitergeltung der Weimarer Verfassung nichts zu tun. Gehört die Gewerbefreiheit zu jenen Normen, die der nationalsozialistische Staat als weiter bestehend anerkennt?

Geht man mit Nicolai[71]) davon aus, daß alles, was von der Weimarer Verfassung noch gilt, nur nach dem Willen des Führers gilt, so ist der Wille des Führers hinsichtlich der Gewerbefreiheit zu erforschen. Dieser Wille ist die Rechtsgrundlage[72]). Bemerkenswert ist die Reichstagsrede des Führers und Reichskanzlers vom 21. Mai 1935, die über die grundsätzliche nationalsozialistische Wirtschaftsauffassung erneut Aufschluß gibt. Der Führer erklärte:

„Jeder Planwirtschaft folgt nur zu leicht die Verbürokratisierung und damit die Erstickung jeder ewig schöpferischen Einzelinitiative..... Diese Gefahr wird noch erhöht durch die Tatsache, daß jede Planwirtschaft nur zu leicht die harten Gesetze der wirtschaftlichen Auslese der Besseren und der Vernichtung der Schwächeren aufhebt..... Wenn wir also trotz solcher Erkenntnis diesen Weg (der Planwirtschaft) beschritten haben, dann geschah es unter dem härtesten Zwang der Notwendigkeit."

Im Schrifttum wird von Lauer bemerkt[73]), daß die Wirtschafts- und Gewerbefreiheit vom Nationalsozialismus grundsätzlich anerkannt wird. Dennewitz[74]) weist darauf hin, die Unternehmerinitiative solle nur dann dem Eingriff staatlichen Zwanges unterliegen, wenn die private Wirtschaft nicht in eigner Entschließung durch Selbsthilfe den Ausweg aus vorhandenen Schwierigkeiten findet. In seiner Schrift „Über Gewerbefreiheit in der Gesetzgebung des Dritten Reiches" führt Oeschey aus[75]), daß der Nationalsozialismus von einem Staatssozialismus weit entfernt sei, „er wolle nur die Wirtschaft führen und nicht selbst Wirtschaft treiben" und deshalb der Privatinitiative auf wirtschaftlichem Gebiet

---

[70]) DJZ. 1934/696.
[71]) Der Neuaufbau des Reiches S. 32.
[72]) C. Schmitt DJZ. 1934/695.
ähnlich Jerusalem, Der Staat S. 309.
ähnlich Köhler, Grundlehren S. 226 a. E.
[73]) a. a. O., S. 21.
[74]) a. a. O., S. 19.
[75]) S. 5; vgl. Huber, Deutscher Sozialismus S. 75; Buwert, D. R. 1935, 67.

jede berechtigte Entfaltungs- und Betätigungsfreiheit gewähren. Danielcik äußert in seinem Aufsatz[76]): „Der deutsche Mensch als Glied der Volksgemeinschaft und Träger des Aufbaues ist frei. Er kann seine Aufgabe — auch in der Wirtschaft — nur in freiem Schaffen erfüllen. Die Ordnung und der Führergrundsatz aber bilden die Grundlage und Grenzen der Freiheit. Darin unterscheidet sich der nationalsozialistische Freiheitsbegriff auch rechtlich vom liberalistischen."

Aus der Rede des Führers und dem angeführten Schrifttum ergibt sich die Schlußfolgerung, daß die Gewerbefreiheit als Norm mit der nationalsozialistischen Staats- und Wirtschaftsauffassung nicht in Widerspruch steht. Es kann gesagt werden — ohne der Untersuchung des juristischen Gehalts der Norm im heutigen Staat vorzugreifen —, daß der Inhalt der Gewerbefreiheit sich unter dem Einfluß der nationalsozialistischen Weltanschauung gewandelt hat. Die Gewerbefreiheit besteht noch[77]). Sie besteht aber nicht selbstherrlich, sondern eingeordnet in das Leben der Gemeinschaft. Sie ist ihrer Absolutheit entkleidet[78]). Sie ist nur noch relativ, d. h. in engster Beziehung zur Volksgemeinschaft vorstellbar.

II. Der rechtliche Inhalt der Norm.

Da die Gewerbefreiheit — wie ja das Wort selbst schon sagt — eine Freiheit des Einzelnen darstellen soll, kann auf die Stellungnahme des Schrifttums zu dem Problem des Freiheitsbereiches nicht verzichtet werden. Die verschiedenen angeführten Schriftsteller betrachten dieses Problem nicht speziell unter dem Gesichtswinkel der Gewerbefreiheit, doch berühren ihre Ausführungen insofern unsere Aufgabe, als es bei der Frage nach dem heutigen Stand der Gewerbefreiheit um die Bestimmung ihres rechtlichen Inhalts geht. Das heißt aber nichts anderes, als die Frage nach dem Bestand eines individuellen Freiheitsbereiches überhaupt aufwerfen.

Es herrscht im Schrifttum Einigkeit darüber, daß seit der Machtübernahme durch den Nationalsozialismus das Verhältnis Staat – Einzelner eine grundlegende Änderung erfahren hat und nicht mehr in jenem streng dualistischen Gegensatz gesehen werden darf, der für den Weimarer Staat maßgebend war.

Höhn[79]) geht davon aus, daß mit der nationalsozialistischen Revolution das individualistische Rechtssystem verlassen und an seine Stelle die Volksgemeinschaft als konkrete Gemeinschaft getreten ist. Eine individuelle auf sich selbst gestellte Persönlichkeit gibt es in der Gemeinschaft nicht mehr. Individualistische Persönlichkeit und Gemeinschaft sind mit

---

[76]) Jur. W. 1935/328 No. 6.
[77]) Ebenso Oeschey, a. a. O., S. 7.
[78]) Tatarin-Tarnheyden, Werdendes Staatsr. S. 149.
[79]) D. R. 1935/297 ff.

einander unvereinbar. An ihre Stelle ist die Gemeinschaftspersönlichkeit getreten, die von der Gemeinschaft voll erfaßt wird und in ihrem Wollen und Handeln in diese Gemeinschaft eingeschlossen ist. Sie wird erst zur Persönlichkeit, weil sie in dieser Gemeinschaft lebt. Folgerichtig muß Höhn[80]) eine Freiheitsphäre und damit die Rechtsfigur des s. ö. R. ablehnen, weil sie die individuelle Persönlichkeit zur Voraussetzung haben. Folgt man Höhns Ansicht, daß der Einzelne vollkommen in der Gemeinschaft aufgeht, so kann man mit dem Begriff der Gewerbefreiheit nichts mehr anfangen, der gerade auf eine gewisse persönliche Freiheit zugeschnitten ist.

In diesem Sinne äußert sich auch Pfundtner[81]), daß Grundrechte und s. ö. R. mit der nationalsozialistischen Staatsauffassung unvereinbar sind, weil im totalen Staat der Gegensatz zwischen Volk und Staat beseitigt ist, eine Freiheitssphäre des Einzelnen, die Eingriffen des Staates unzugänglich ist, nicht anerkannt wird. An die Stelle der Grundrechte sei im nationalsozialistischen Staat die Pflicht des Staates getreten, entsprechend dem Grundsatz des Rechtsstaates das Recht der Gemeinschaft gegen den Rechtsbrecher zu sichern und damit das Recht des Einzelnen zu wahren.

Pfundtner lehnt zwar das Bestehen einer staatsfreien Sphäre des Einzelnen ab, er will aber „das Recht des Einzelnen" mittelbar über die Gemeinschaft mit Hilfe des Rechtsstaatsgedankens sichern, weil Rechtlosigkeit des Einzelnen nicht das Ziel des nationalsozialistischen Staates ist. Von einem Recht des Einzelnen läßt sich jedoch nur dann sprechen, wenn der Staat ihm erlaubt, Handlungen vorzunehmen, die er nicht stören wird, weil er sie als rechtmäßig anerkennt. Allerdings wird dieses Recht auf Ungestörtheit dem Einzelnen nicht mehr in eigensüchtigem Sinne zuteil.

Nach Fischbach haben die s. ö. R. ihre Existenzberechtigung verloren[82]), weil sie ganz auf der liberalistischen Auffassung von der Notwendigkeit schutzbedürftiger Interessen des Individuums gegenüber der abstrakten Persönlichkeit des Staates beruhen. Wenn trotzdem wegen „Störung des Rechtskreises des Einzelnen" der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten offen gehalten sei, so solle es sich nicht um den Schutz eines s. ö. R. dieses Einzelnen handeln, sondern um Rechtswahrung im Interesse der Volksgemeinschaft, die eine unrichtige Handhabung von Gesetz und Recht nicht duldet. Der Staat wolle vielmehr mit der Zulassung des Rechtsweges in den gesetzlich besonders vorgesehenen Fällen nur die Garantie schaffen, daß dem einzelnen Volksgenossen das zuteil wird, was ihm im Rahmen der Volksgemeinschaft und nach Maßgabe seiner

[80]) Rechtsgemeinschaft u. Volksgemeinschaft S. 81 ff.; derf. D. R. 1935/235 ff.
[81]) Im Nat. soz. Hdbuch f. R. u. Gesg. S. 335:
[82]) DJZ. 1935/844.

Leistungen zukommen soll (suum cuique!)[83]). Auch für Fischbach besteht noch ein „Rechtskreis des Einzelnen", der wiederum mittelbar durch richtige Rechtsanwendung im Interesse der Volksgemeinschaft geschützt wird.

Wenn Tatarin-Tarnheyden sagt[84]): „Die Grundrechte sind tot!" so sind für ihn s. ö. R. im neuen Staate als sogenannte nationale persönliche Rechtsgüter noch möglich. Die Gewerbefreiheit wird ein s. ö. R. im weiteren Sinne (Reflexrecht)[85]), das dem Einzelnen zwar keinen Anspruch gegen die Staatsgewalt mehr gibt, ihm aber doch einen gewissen Freiheitsbereich gewährt, der mit der Popularklage, nicht nur mit der formlosen Beschwerde, gesichert werden soll. Die Popularklage sei dann eine Klage im Gesamtinteresse[86]). Der Einzelne solle nicht gegen den Gesetzgeber, sondern gegen die von oben einfach nicht überwachbaren Ausführungsorgane geschützt werden[87]).

Zu einem ähnlichen Ergebnis kommt Köhler[88]). der die Gewerbefreiheit im Anschluß an Bühler als s. ö. R. ansieht, das aber dem Einzelnen nicht mehr deshalb zustehen kann, weil die Freiheit des Einzelnen als das wichtigste zu schützende Gut zu betrachten ist, sondern weil ihre Anerkennung im Interesse des Staates selbst gelegen ist. Wird ein s. ö. R. anerkannt, so wird sein näherer Inhalt und Umfang wiederum überbestimmt vom Gemeinschaftsgedanken. Köhler sieht ebenso wie Tatarin-Tarnheyden in dem s. ö. R. nicht unbedingt etwas Staatsfeindliches, sondern es soll weit „äußerlicher" darauf abgestellt werden, daß dieses Recht ja praktisch gesehen gegenüber einer Behörde geltend gemacht wird, die zwar den Staat vertritt, aber eben aus Menschen besteht, die fehlen und irren können.

In einem ausführlichen Aufsatz beschäftigt sich Reuß[89]) mit dem Problem Staat — Einzelner, indem er ausführt, man solle sich hüten, jedes individuelle Recht für individualistisch und den Begriff des s. ö. R. für eine rein liberalistische Denkfigur zu erklären. Auch die Zubilligung von Rechten sei ein Mittel der sozialen Verpflichtung und der Indienststellung für die Gemeinschaft. Zur Erhaltung des Volkstums müsse der Nationalsozialismus eine Auflockerung und Auflichtung der Volksordnung bejahen, ohne die der Einzelne als Teilträger völkischer Kulturwerte verkümmern würde. Auch Reuß weist darauf hin, daß das Volk gegenüber den Fährnissen und menschlichen Unzulänglichkeiten des staatlichen

---

[83]) a. a. O., Sp. 845.
[84]) Werdendes Staatsrecht S. 152.
[85]) a. a. O., S. 149.
[86]) Arch f. öff. Recht Bd. 24 n. F. S. 357.
[87]) Werd. St. R. S. 175.
[88]) Grundlehren S. 224, 226 ff.
[89]) Jur. W. 1935/2026; vgl. auch Reuß Jur. W. 1935/496.

Verwaltungsapparates geschützt werden soll, allerdings sei diese Inschutznahme des Volkes keine Parteinahme für das Individuum, sondern eine Garantie für die gedeihliche Entwicklung der Gesamtheit. Reuß folgt hier den Ausführungen Stuckart's[90]), die darin gipfeln, Sinn und Zweck des Verwaltungsrechtsschutzes sei nicht Sicherung des Einzelnen, sondern Sicherung und Gestaltung der Lebensordnung der Gemeinschaft.

Koellreutter[91]) spricht sich gleichfalls für eine rahmen- und maßstabsmäßige Sicherung des Einzelnen aus, um die Werte des Volkstums zu schützen. Aber es könne keine unbedingte Sicherstellung der individuellen Rechte geben, sondern nur eine solche, die den Rahmen der nationalen Lebensordnung nicht sprengt. Ob und inwieweit die Rechtsordnung eines Staates f. ö. R. anerkennt, sei letzten Endes eine Frage der politischen Entscheidung. Im bürgerlichen Rechtsstaat ging nach Koellreutter die Tendenz dahin, das Gebiet der f. ö. R. möglichst weit auszudehnen. Im autoritären Führerstaat sei für die Gewährung f. ö. R. nur insoweit Raum, als dadurch die Belange der nationalen und sozialen Ordnung nicht gefährdet werden[92]). Wenn Maunz[93]) f. ö. R. gegenüber dem Führer nicht mehr gelten läßt, so gibt es für ihn doch in Zukunft noch f. ö. R., die aus den konkreten Rechtsgebilden erfließen, welche die Voraussetzung und den Inhalt unseres Rechts bilden. Zu diesen konkreten Rechtsgebilden wird man mit Oeschey[94]) dann auch die Gewerbefreiheit rechnen müssen; doch meint Oeschey, — für den die Gewerbefreiheit nur ein freies Handelndürfen eines jeden im Staate lebenden Rechtssubjekts bedeutet —, daß die Neigung, die Gewerbefreiheit eindeutig zu einem f. ö. R. auszubauen, nicht größer sein wird als bisher.

Betrachtet man die einzelnen Meinungen, so lassen sich zwei Gruppen aufstellen, die in sich wieder kleine Unterschiede aufweisen.

Zu der ersten Gruppe gehören Höhn, Pfundtner, Fischbach, die das Bestehen f. ö. R. ablehnen, weil eine Freiheitssphäre des Einzelnen mit dem Gemeinschaftsgedanken unvereinbar sei. Höhn[95]), der den Einzelnen am stärksten in die konkrete Gemeinschaft eingeordnet sieht, muß zugeben, daß jede Gemeinschaft aus sich heraus Persönlichkeiten schaffen muß, die am besten und stärksten in der Lage sind, richtunggebend im Geist der Gemeinschaft nach vorn zu gehen und zu handeln, wenn die

---

[90]) D. Verw. 1935/163.
[91]) Allgemeine Staatslehre S. 105.
[92]) a. a. O., S. 83; DJZ. 1934/629.
[93]) Neue Grundlagen des Verw. R. S. 35.
Vgl. dazu Reuß, Jur. W. 1935/496.
[94]) üb. Gewerbefr. in d. Ges. geb. d. III. R. S. 6.
[95]) D. R. 1935/297.

Gemeinschaft überhaupt leben will. Auch Pfundtner und Fischbach halten noch einen „Rechtskreis des Einzelnen" aufrecht, der gegen verletzende Verwaltungsakte zwar nicht im Einzelinteresse, sondern im Interesse der Rechtssicherheit, die die Grundlage der Volksgemeinschaft bildet, geschützt wird[96]). Welches Maß und welche Intensität hat aber das Handelnkönnen der Gemeinschaftspersönlichkeit, welchen Inhalt der Rechtskreis des Einzelnen? Da es Rechte gegen die Gemeinschaft nicht mehr gibt, so kann es sich nur noch um ein rein tatsächliches Können handeln, und eigentlich dürfte man noch nicht einmal von einem Rechtskreis des Einzelnen sprechen.

In der zweiten Gruppe sind Tatarin-Tarnheyden, Köhler, Reuß, Koellreutter, Maunz zu nennen. Sie wollen die s. ö. R. nicht mehr als staatsgerichtete Rechte gelten lassen. Sie vertreten die Ansicht, daß dem Einzelnen auch im totalen Staat eine gewisse Freiheit zukommen muß[97]), die aber unter dem Lebensgesetz der Gemeinschaft steht. Über den Gehalt der s. ö. R. herrscht keine Einigkeit.

Tatarin-Tarnheyden läßt sie nur mehr in der abgeschwächten Form als Reflexrechte gelten, Maunz als Ausfluß konkreter Rechtsgebilde innerhalb der Mitarbeiterverhältnisse[98]), Koellreutter überläßt die Frage der s. ö. R. der politischen Entscheidung[99]), während Köhler und Reuß sich dahin äußern, daß die s. ö. R. noch im Rahmen des Gemeinschaftsgedankens möglich sind und ein Schutz des Einzelnen gegenüber der Behörde notwendig ist.

Dernedde[100]) wirft Tatarin-Tarnheyden vor, daß ihm die freie Sphäre des Individuums zu sehr am Herzen liege, mag diese auch noch so sehr als Wirkungsfeld der in der Volksgemeinschaft gebundenen Persönlichkeit erscheinen. Dieser Vorwurf trifft ebenso alle die Schriftsteller, welche die s. ö. R., wenn auch als Rechte oder Freiheiten im Gesamtinteresse, beibehalten, da sie damit eine freie Sphäre des Individuums weiter anerkennen. Auch Höhn[101]) wendet sich gegen die Wissenschaftler, die als allgemeingültig hinzustellen versuchen, daß es subjektive öffentliche Rechte immer geben werde, denn schon mit dieser Auffassung behielte man das individualistische System auf der ganzen Linie bei.

Liegt es nun wirklich so, wie Dernedde mit seiner Kritik an Tatarin-Tarnheyden indirekt zu erkennen gibt, daß der Einzelne ohne jede freie Sphäre in die nationalsozialistische Gemeinschaft eingeordnet wird? Oder hat nicht der Einzelne doch einen gewissen Freiheitsbereich innerhalb

---

[96]) DJZ. 1935/845.
[97]) Vgl. Forsthoff, Der Totale Staat S. 42.
[98]) Neue Grundlagen d. Verw. R. S. 32.
[99]) Allg. St. L. S. 83.
[100]) Zeitschrift f. d. ges. St. W. Bd. 95/352.
[101]) D. R. 1935/235.

der Gemeinschaft? Gemeinschaft und Freiheitssphäre des Einzelnen brauchen keine notwendigen Gegensätze zu sein. Innerhalb der festgefügtesten Gemeinschaft muß dem Einzelnen ein gewisser Lebensraum verbleiben, genau wie in einem hart geschmiedeten Stahlblock für die einzelnen Atome eine gesetzmäßige Bewegungsfreiheit herrscht. Der ververbleibende Lebensraum ist allerdings nicht mehr um des Einzelnen willen, sondern um der Gesamtheit willen gewährt.

Leibholz[102]) weist darauf hin, daß jedenfalls eine radikale Kollektivierung des Individuums und eine Vermassung des Geistes nicht wahrscheinlich ist, denn der auf die Dauer überhaupt nicht behebbare, letzten Endes auch schöpferisch wirkende Antagonismus von Gemeinschaft und Individuum ist nicht nur in der Natur, sondern vor allem tief in unserer Geschichte begründet. An anderer Stelle betont Leibholz[103]), daß die Freiheit, die dem Individuum geliehen wird, nicht um des Individuums, sondern um der absolut materialen Werte willen da ist, zu deren Verwirklichung das Individuum berufen ist.

In ähnlichem Sinne will auch Tatarin-Tarnheyden[104]) die „nationalen persönlichen Rechtsgüter" gewertet wissen, die dem Einzelnen nicht um seiner selbst willen, sondern nur im sittlichen Interesse sicherzustellen seien, weil es sich im Grunde hier um national-kulturhafte Gemeinschaftswerte handele, die sich nicht verwirklichen lassen, wenn sie nicht zugleich individuell garantiert werden. Für die Gewerbefreiheit ergibt sich nach Tatarin-Tarnheyden[105]), daß sie künftig nicht mehr in individualistischer Form bestehe, sondern sie unterliege der Auslegung und Anwendung des grundlegenden Staatsbekenntnisses als Interpretationsnorm.

Das bedeutet, daß die dem Einzelnen gewährte wirtschaftliche Freiheit viel stärker als im Weimarer Staat von dem „sozialen Vorbehalt" ergriffen wird, der im nationalsozialistischen Staat, mit seinem hohen ideellen Grundsatz „Gemeinnutz geht vor Eigennutz", erheblich an Stärke gewonnen hat. Ähnliche Gedanken kommen in einem Artikel der nationalsozialistischen Presse zum Ausdruck[106]), wonach der Nationalsozialismus unter freier Wirtschaft das „Betätigungsrecht" jedes Einzelnen verstünde, durch eigne Leistung zu Eigentum unter der Voraussetzung zu gelangen, daß die freie Betätigung auf das Wohl des Ganzen gerichtet ist.

Somit gibt es nur noch eine Freiheit „in", nicht eine Freiheit „von" der Gemeinschaft[107]). Verbleibt dem Einzelnen ein freier Gestaltungs-

---

[102]) Die Auflösung der liberalen Demokratie i. Dtschl. S. 72; vgl. in dems. Sinne Koellreutter, R. Verw. Bl. 1935/447 rechts a. E.
[103]) a. a. O., S. 73.
[104]) Werd. St. R. S. 153.
[105]) Werd. St. R. S. 168/169.
[106]) Mitteldeutsche National-Zeitung v. 7. 8. 1935.
[107]) Danielcik, Jur. W. 1935/328.

bereich in der Gemeinschaft, dann setzt er sich viel freudiger für sie ein. Bedenkt man, daß der Einzelne in einem starken Staat weniger seinen Freiheitsbereich mißbrauchen und zur Verfolgung eigensüchtiger Ziele verwenden kann als in einem schwachen Staat, so werden die s. ö. R. auch nicht mehr die Gefahr in sich tragen, daß durch sie die Staatsautorität untergraben wird, weil es jeder Zeit im Belieben der Staatsführung steht, gewährte Freiheitsrechte im Falle ihres Mißbrauches zu entziehen.

Die Gewerbefreiheit kann man — wie hier abschließend festzustellen ist — insoweit noch als s. ö. R. betrachten, als der Einzelne als Treuhänder der Volksgemeinschaft seinen Freiheitsbereich verwaltet, den er gegen willkürliche Maßnahmen der Verwaltungsbehörden zu wahren hat.

Wenn wir in diesem Sinn die Gewerbefreiheit noch als s. ö. R. ansehen, kann naturgemäß kein Zweifel sein, daß der Inhalt dieses s. ö. R. anders verstanden werden muß als im Weimarer Staat[108]). Nicht der Gegensatz Individuum-Staat und eine private Sphäre erfüllt den Begriff, auch hat der Einzelne nicht Macht über ein Stück öffentlicher Gewalt „*um seines Vorteiles willen*" (Otto Mayer), sondern die Gemeinschaft weist dem Einzelnen einen Freiheitsbereich zu, in dem er sich *für sie* einzusetzen hat. Der Einzelne übernimmt die Verantwortung gegenüber der Gemeinschaft, daß er „seinen" Freiheitsbereich zu ihrem Wohl verwaltet. Im Bewußtsein dieser Verantwortung gegenüber der Gemeinschaft muß der Einzelne diesen Bereich gegen Willkür und Fehler der Verwaltungsbehörden schützen können[109]). Ein starker Staat kann dem Einzelnen einen Freiheitsbereich ausdrücklich überlassen, ohne daß er an Autorität verliert und der Einzelne nur auf den „Widerschein der objektiven Rechtsordnung" angewiesen ist. In der Volksgemeinschaft ist auch dem einzelnen Volksgenossen eine organische Stellung angewiesen, kraft deren er bestimmte Aufgaben (z. B. ein Gewerbe zu betreiben) zu erfüllen hat[110]). Die Zubilligung von s. ö. R. bedeutet nicht die Einräumung einer subjektiven Willkürsphäre für den Einzelnen, sondern stellt

---

[108]) Es fehlt bisher an einem treffenden Ausdruck, der die neue Sinngebung des s. ö. R. nach außen in Erscheinung treten läßt.
Heckel sagt sehr richtig: „Selbst wo die Fachausdrücke der alten klassischen Verwaltungstheorie noch leben, reden sie eine andere Sprache." (Berichte über Lage u. Studium d. öff. R. S. 25).

[109]) D. R. 1935/460 rechts Schneider: „Die wahre Volksgemeinschaft verlangt, daß dem Volksgenossen Schutz zuteil wird gegen Rechtsverletzungen seitens der Behörden."

[110]) Köhler, Grundlehren S. 226.

sich als ein Mittel der sozialen Ertauglichung und der Indienststellung für die Gemeinschaft dar; auch die Zubilligung von Rechten ist somit ein Mittel der sozialen Verpflichtung[111]). Der Begriff der Gewerbefreiheit ist im alten Sinn nicht mehr haltbar, daß dem Einzelnen um seines Vorteiles willen ein Freiheitsbereich zugewiesen wird. Wenn wir sie noch als s. ö. R. betrachten, dann geschieht es unter der Voraussetzung der Einordnung dieses Freiheitsbereiches in das Gemeinschaftsleben.

III. Die Frage der Aktivlegitimation im Verwaltungsstreitverfahren.

Bei der Untersuchung der Klaglegitimation nach § 50 PVG kamen wir für den Weimarer Staat zu dem Ergebnis, daß die Verwaltungsgerichtsbarkeit überwiegend dem Schutz der subjektiven Rechte zu dienen hatte. Verschiedene Schriftsteller erklären heute — wie schon gezeigt wurde — die s. ö. R. mit der nationalsozialistischen Staatsauffassung für unvereinbar; wollen sie jedoch die Verwaltungsgerichtsbarkeit beibehalten, dann müssen sie notwendig die Aufgabe der Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Wahrung der objektiven Rechtsordnung erblicken. So erlaubt nach Felsch[112]) der Wortlaut des § 50 PVG durchaus, die Klage gegen den Beschwerdebescheid über polizeiliche Verfügungen in erster Linie als einen Schutz gegen unrichtige Handhabung des Rechts durch die Ausführungsbehörden überhaupt und erst in zweiter Linie als einen Schutz des dem Einzelnen als Mitglied der Gesamtheit zugewiesenen Wirkungskreises zu betrachten. (Ebenso Huber, D.R. 1935/401). Auch nach Schmidt[113]) wird als Zweck der Verwaltungsgerichtsbarkeit wieder maßgebend, daß in der öffentlichen Verwaltung das (objektive) Recht eingehalten werde.

Noch nicht ganz eindeutig ist die Stellungnahme von Maunz[114]), wenn er einerseits ausführt, die Verwaltungsrechtspflege[114]) könne nicht zum Schutz der subjektiven Rechte dienen, sondern nur zur Verwirklichung des Rechts schlechthin, dann aber fortfährt, man könne auch nicht sagen, daß die Verwaltungsrechtspflege künftig der Verwirklichung objektiver Rechtsnormen dienen werde. Diesen letzten Satz, der den ersten wieder aufhebt, hat Maunz in einem Aufsatz (DJZ. 1934/1051) fortgelassen,

---

[111]) Reuß, Jur. W. 1935/2346.

[112]) Felsch, R. Verw. Bl. 1935/329, 331 links. 43 Vgl. Bornhak (S. 20 der Arbeit Bem. Nr. 59.): Es ist bloß ein das Wesen der Sache nicht berührender Zufall, wenn der Verwaltungsprozeß gleichzeitig ein subjektives Recht verwirklicht.

[113]) Schmidt, R. Verw. Bl. 1935/406.

[114]) Maunz, Neue Grundlagen d. Verw. R. S. 55 Nr. 2 ders., DJZ. 1934/1051 Nr. 2. — „Verwaltungsrechtspflege" bedeutet in Bayern (hier allerdings nicht rein) das Verfahren, das die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten zum Ziel hat. Vgl Bühler, s. ö. R. S. 266/267 Anm. 11.

so daß anscheinend die Verwaltungsrechtspflege doch dem Schutz des Rechts schlechthin dienen soll.

Das sächsische OVG. führt in einer Entscheidung[115]) aus: „Die Anfechtungsklage hat nicht den Schutz subjektiver Rechte der Beteiligten zum Gegenstande, sondern sie dient der Rechtswahrung im Interesse der Volksgemeinschaft; sie bezweckt den Schutz gegen unrichtige Handhabung von Gesetz und Recht in der Verwaltung". Diesen neuen Inhalt der Anfechtungsklage leitet Felsch auch für § 50 PVG ab (siehe S. 32). Die veränderte Auffassung der Anfechtungsklage erfordert eine neue Abgrenzung des Kreises der Aktivlegitimierten. Das sächs. OVG. fährt deshalb fort: „Klagberechtigt ist nicht nur derjenige, der sich auf ein s. ö. R. berufen kann, sondern auch derjenige, der zwar ein solches Recht nicht nachweisen kann, aber durch ein unrechtmäßiges Vorgehen der Behörde eine viel stärkere tatsächliche und wirtschaftliche Beeinträchtigung erfahren hat[116]). Beteiligt ist an einer Behördenentscheidung jeder, der von ihr unmittelbar betroffen wird. Es kommt also dafür, ob jemand zur Erhebung der Klage befugt ist, darauf an, ob durch die angefochtene Entscheidung sein Lebenskreis unmittelbar berührt wird, den Gesetz und Recht ihm unter vorwiegender Berücksichtigung der Volksgemeinschaft zuweist". Die Aktivlegitimation erfordert das Kriterium der unmittelbaren Beeinträchtigung, das den Kreis der Aktivlegitimierten wieder einschränkt. Die Grenze zwischen unmittelbarem und mittelbarem Eingriff ist flüssig. Bezeichnenderweise wird auch in den Kommentaren zum PVG. (z. B. Franzen § 45 No. 1, Friedrichs § 45 No. 4, Klausener-Kerstiens-Kempner § 45 No. 2) eine abstrakte Formulierung der unmittelbaren und mittelbaren Verletzung nicht versucht, sondern der Unterschied durch konkrete Beispiele aus der Rechtsprechung zu verdeutlichen versucht. Ob ein unmittelbarer oder mittelbarer Eingriff vorliegt, läßt sich nur für den einzelnen Fall entscheiden. Die Aktivlegitimation allein von jenem labilen Kriterium der Unmittelbarkeit des Eingriffs abhängig zu machen, erscheint bedenklich. Es führt zu einer Ausdehnung des Rechtsschutzbegehrens[117]), weil jeder versucht, eine geringfügige Verletzung seines Lebenskreises als unmittelbaren Eingriff darzustellen. Gerade diejenigen Schriftsteller, die in einer Vermehrung der s. ö. R. eine Gefahr für die Autorität des Staates sahen, müßten die Entscheidung des sächs. OVG. ablehnen, weil sie eine Ausweitung des Kreises der Klagberechtigten zur Folge hat.

---

[115]) Sächs. OVG. in R. Verw. Bl. 1935/117 ff.

[116]) Gemeint ist: als der Inhaber eines s. ö. R.!

[117]) Die ähnliche Streitfrage taucht bei §§ 172 StPO., 20, 57 FGG. auf, wo die Abgrenzung des Kreises der Verletzten bzw. der Beteiligten dieselbe Schwierigkeit bereitet.

Auch wird der Einführung einer Popularklage, wie sie Tatarin-Tarnheyden vorschlägt, nicht zuzustimmen sein. Hier trifft Dernedde's[118]) Einwand zu, daß es gerade dem autoritären Staat widerspricht, jedermann wegen jeder Verletzung des objektiven Rechts zum Kämpfer um das Recht zu berufen; damit breche das typisch liberalistische Mißtrauen gegen die staatliche Verwaltung wieder durch. Es genügt, wenn die Anrufung des Verwaltungsgerichts durch den Einzelnen, auch ohne daß eine Verletzung seines Rechtskreises behauptet wird, durch Sondergesetze gestattet wird, wo sie aus besonderen Gründen als Bedürfnis empfunden wird[119]).

Als Ergebnis unserer bisherigen Betrachtung der Gewerbefreiheit im nationalsozialistischen Staat ist festzuhalten:

Ein s. ö. R. des Einzelnen wird nur noch in dem Fall anerkannt, in dem ein Interesse für die Volksgemeinschaft besteht. Wird dem Einzelnen im Wege des Aufzählungsgrundsatzes[120]) ein s. ö. R. zugebilligt, so wird damit die Wichtigkeit des gewährten Freiheitskreises für das Leben der Gemeinschaft und sein Rechtsschutz gegen Willkür und Fehler der Verwaltungsbehörden festgestellt. Nur dann ist eine Anfechtungsklage zulässig. Für die Gewerbefreiheit ergibt sich, daß zur Erhaltung der schöpferischen Einzelinitiative im Wirtschaftsleben dem Einzelnen ein Freiheitskreis zu erkannt wird, der unter diesen Rechtsschutz fällt.

§ 4.

Die Gewerbefreiheit in der Rechtsprechung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts.

Der Wandel der Rechtsprechung des OVG. hinsichtlich des Grundsatzes der Gewerbefreiheit ist durch drei Entscheidungen aus den Jahren 1901, 1926 und 1935 augenfällig gekennzeichnet. Um die Entscheidungen besser miteinander vergleichen zu können, sollen sie im folgenden zunächst im Wortlaut wiedergegeben und dann besprochen werden.

---

[118]) Zeitschrift f. d. ges. St. W. Bd. 95/352.
Ebenso Köhler a. a. O., S. 268.

[119]) Köhler a. a. O., S. 269.

[120]) Ebenso Koellreutter, Allg. St. L. S. 254.
Ebenso Maunz, Neue Grundl. d. Verw. R. S. 53 Nr. 3.
Ebenso Maunz, DJZ. 1934/1051 Nr. 3.
Ebenso Köhler, a. a. O., S. 278.
Ebenso Schneider, D. R. 1935/460 ff.
A. A. Tatarin-Tarnheyden, Werd. St. R. S. 165, der für die Generalklausel eintritt.

I. Die Entscheidungen: Bd. 38/66; Bd. 81/368; Jur. W. 1935/1956 Nr. 44.

1. Das Endurteil des 2. Senats vom 11. 1. 1901
Bd. 38/66 ist eine viel besprochene Entscheidung, in der es heißt:

„Hierbei ist zu berücksichtigen, daß die sogenannte Gewerbefreiheit überhaupt kein Begriff von positivem Rechtsinhalt und noch viel weniger ein subjektives Recht, sondern die Negation gesetzlicher Beschränkungen der allgemeinen Handlungsfreiheit in bezug auf die gewerbliche Tätigkeit ist".
(Vgl. Laband, Staatsr. d. D. R. Bd. 3 S. 207 Anm. 1).

2. Das Urteil des 3. Senats vom 23. 9. 1926
Bd. 81/368, das wir schon oben (Seite 20 ff.) bei der Prüfung der Aktivlegitimation verwerteten und das wir wegen der besseren Gegenüberstellung nochmals in seinen wesentlichen Sätzen anführen:

„Die Wegnahme der Flaschen mit Milch und der gefüllten Handkanne bildete einen Eingriff in die natürliche Rechtssphäre der Kläger, nämlich eine Maßnahme unmittelbaren Zwanges ohne vorherige Androhung, die für die Kläger, soweit sie Milchhändler sind, zugleich stillschweigend das Verbot in sich schloß, mit derartiger Flaschenmilch überhaupt weiterhin Handel zu treiben, die sie also insbesondere auch in ihren auf der Gewerbefreiheit beruhenden Rechten (§ 1 RGO.) zu verletzen geeignet war. Die Wegnahme störte die Kläger in ihrem Eigentums-, Besitz- oder Gewahrsamsrecht und stellte eine polizeiliche Verfügung im Sinne der §§ 127 ff. dar".

3. Das Urteil des 3. Senats vom 3. 1. 1935
Jur. W. 1935/1956 Nr. 44; die Entscheidung ist sehr ausführlich, sie soll deshalb nur in den für unsere Betrachtung wichtigen Punkten angeführt werden; es heißt u. a.:

„Der Betrieb eines Fremdenheims gehört zu den freien Gewerben. Es gilt dafür § 1 RGO., der anordnet: Der Betrieb eines Gewerbes ist jedermann gestattet, soweit nicht durch dieses Gesetz Ausnahmen oder Beschränkungen vorgeschrieben oder zugelassen sind. Derartige Ausnahmen oder Beschränkungen enthält die RGO. für den Betrieb von Fremdenheimen nicht. Ebensowenig ist in ihr (etwa in § 35 oder an einer anderen Stelle) oder im Gaststättengesetz vorgeschrieben, daß und unter welchen Voraussetzungen der Betrieb untersagt werden darf. Es gilt deswegen auch für dieses Gewerbe das Verbot des § 143 RGO.: „Die Berechtigung zum Gewerbe kann, abgesehen von den in den Reichsgesetzen vorgesehenen Fällen ihrer Entziehung weder durch richterliche noch administrative Entscheidung entzogen werden". Da solche Fälle auch in anderen Reichsgesetzen nicht vorgesehen sind, so darf das Recht zum Gewerbebetrieb eines Fremdenheimes dem Inhaber nicht genommen werden. In dem Betriebsverbot, das Kl. durch die Verfügung der Ortspolizeibehörde erhalten hat, liegt jedoch die Entziehung des Rechts zum Gewerbebetrieb, denn die Verfg. untersagt ihr den weiteren Betrieb gänzlich. .....Durfte ihr das Recht zum Gewerbebetrieb ihres Fremdenheimes auch nicht genommen werden, so war die Ausübung ihres Gewerbes doch nicht frei von der polizeilichen Überwachung.... Die Verfügung, zu deren Erlaß, wenn er rechtmäßig gewesen wäre, die Ortspolizeibehörde nach § 2 Ziff. 6 Pr. VO. vom 6. 2. 33 (GS. S. 23) die Zu-

ständigkeit gehabt hätte, stellt keine polizeiliche Schließung von Räumlichkeiten im Sinne der wiedergegebenen Bestimmung dar, sondern enthält auch in dem Umfange, in dem sie sich auf Ziff. 3 ihrer Begründung stützt, lediglich die Entziehung des Rechts zum Gewerbebetrieb, ... Die stattgehabte Auslegung des Inhaltes von § 23 Abs. 1 Ziff. 3 VO. vom 4. 2. 33 ergibt jedoch, daß aus der darin enthaltenen Ermächtigung der Ortspolizeibehörde die Entziehung des Rechts zum Gewerbebetrieb sich nicht rechtfertigen läßt".

II. Die Besprechung der Entscheidungen.

Schon diese bloße Wiedergabe der Entscheidungen ohne jede Erläuterung zeigt deutlich den Wandel der Rechtsprechung des OVG. in bezug auf den Grundsatz der Gewerbefreiheit. Die Rechtslehre hatte den eigenartigen Standpunkt des OVG. über die Gewerbefreiheit angegriffen und sie hat schließlich im Jahre 1935, also nach genau 34 Jahren Erfolg gehabt. Bühler[121]) hat schon bemängelt, daß es von dem OVG. nicht folgerichtig sei, die Gewerbefreiheit als bloße objektive Rechtsnorm zu betrachten und die Aktivlegitimation für eine Verwaltungsklage (§ 127 LVG.) auf die Verletzung eines anderen subjektiven Rechts wie Eigentum, Besitz, Gewahrsam zu stützen. Die hier angeführte Entscheidung Bd. 81/368 brachte noch nicht den endgültigen Umschwung in der Anschauung des OVG. Es leitete auch hier, — wie wir auf Seite 20 ff. nachzuweisen versuchten —, die Aktivlegitimation aus Eigentum, Besitz und Gewahrsamsrechten ab. Die Entscheidung bedeutet aber insofern einen kleinen Schritt vorwärts, als, — abgesehen von der bedenklichen Formulierung „natürliche Rechtssphäre", was stark an Labands natürliche Handlungsfreiheit anklingt —, auf der Gewerbefreiheit immerhin schon Rechte beruhen, die verletzt werden können. Im Jahre 1935, in dem infolge der veränderten Anschauungen über das Verhältnis Staat - Einzelner ein großer Teil der Wissenschaft s. ö. R. nicht mehr gelten läßt, erhebt das OVG. die Gewerbefreiheit eindeutig zu einem s. ö. R. Wenn das OVG. zweimal die Terminologie „Recht zum Gewerbebetrieb" und dreimal „Entziehung des Rechts zum Gewerbetrieb" gebraucht, so hat es damit ein s. ö. R. gemeint. Das geht aus folgenden Überlegungen hervor:

1. Wenn die Gewerbefreiheit, wie in Bd. 38/66, weder positiven Rechtsinhalt hätte noch ein s. ö. R. wäre, könnte man überhaupt nicht von einer „Entziehung des Rechts zum Gewerbebetrieb" reden. Es wäre unverständlich, „was" entzogen werden soll, wenn die Gewerbefreiheit kein subjektives Recht darstellt.

2. Die Aktivlegitimation der Klägerin könnte in diesem Falle nicht aus der Verletzung eines subjektiven Rechts (Eigentum oder Mietbesitz) abgeleitet werden, weil eine Verletzung eines solchen subjektiven Rechts durch

[121]) S. ö. R. S. 301.

die Anwendung unmittelbaren Zwanges nicht stattgefunden hat. Das OVG. war durch diese Rechtslage gezwungen, die Aktivlegitimation aus der Verletzung der Gewerbefreiheit zu begründen, weil „die Polizei die Einstellung des Betriebes als solchen verlangte". Die polizeiliche Verfügung richtete sich nicht gegen ein Eigentums- oder Besitzrecht, sondern unmittelbar gegen die Gewerbefreiheit der Klägerin. Da das OVG. bisher aber nur eine Klage bei Verletzung solcher Interessen gestattete, die zugleich eine Verletzung subjektiver Rechte in sich schlossen (Bd. 78/259 ff. mit Bd. 2/353), so kann man hieraus folgern, daß das OVG., wenn es der Klage allein wegen Verletzung der Gewerbefreiheit stattgab, die Gewerbefreiheit nunmehr als s. ö. R. betrachtet. Das preuß. OVG. hat unseres Wissens eine ähnliche Entscheidung wie das sächs. OVG. (R. Verw. Bl. 1935/117) noch nicht gefällt, in der die grundsätzliche Voraussetzung für die Aktivlegitimation, die Verletzung eines s. ö. R., aufgegeben wird und nunmehr jede stärkere tatsächliche und wirtschaftliche Beeinträchtigung für die Aktivlegitimation genügt. Das OVG. hat mit dieser Entscheidung eine 34jährige Entwicklung abgeschlossen ‚die zum mindesten nach der Ansicht derjenigen Schriftsteller verfehlt sein muß, die wie Tatarin-Tarnheyden[122]) die Gewerbefreiheit heute nur noch als Reflexrecht oder sogar wie Kewald[123]) überhaupt nicht mehr bestehen lassen wollen. Aber auch diejenigen, die s. ö. R. allgemein nicht mehr anerkennen, werden diese Entscheidung des OVG angreifen müssen, weil sie ihrem Bestreben, die s. ö. R., als im nationalsozialistischen Staat überholt, abzuschaffen, geradezu entgegengesetzt ist. Liegt nicht dieser Entscheidung eine Aufrechterhaltung eines Freiheitskreises zu Grunde? Die Frage muß bejaht werden. Es ist aber zu berücksichtigen, daß ein solcher Freiheitskreis des Einzelnen in erster Linie Verantwortung und Pflicht gegenüber der Gemeinschaft auferlegt und erst in zweiter Linie ein Abwehrrecht gegen die Verwaltungsbehörden gibt. Wenn in diesem Sinne die Gewerbefreiheit als s. ö. R. verstanden wird, bleibt gegen die Entscheidung nichts einzuwenden.

§ 5.

Die Rechtsnatur der Gewerbeerlaubnis[124]).

Für viele Gewerbe ist aus Gründen der Sicherheit für die Volksgemeinschaft die Gewerbefreiheit eingeschränkt und der Betrieb eines Gewerbes an die Erteilung einer gewerblichen Erlaubnis geknüpft. Das

---

[122]) Werd. St. R. S. 148.

[123]) Kölner Diss. 1935 S. 32.

[124]) Im Rahmen unserer Arbeit handelt es sich nur um die persönliche Erlaubnis; denn nur sie ist echte Gewerbeerlaubnis, außer Betracht bleibt daher d. dingl. Erlaubnis.

„Dürfen" des § 1 RGO ist für diejenigen Gewerbe, die genehmigungspflichtig sind, nicht mehr frei, sondern der Betrieb des Gewerbes ist von der Erlaubnis abhängig und bis zu ihrer Erteilung verboten. Hier müssen wir unterscheiden:

1. Das Recht „auf" die Erlaubnis[125]), oder allgemeiner ausgedrückt: Die Rechtslage des Einzelnen „vor" der Erlaubniserteilung.

2. Das Recht „aus" der Erlaubnis[125]), gleichbedeutend mit der Rechtslage „nach" der erteilten Erlaubnis.

I. Die Rechtslage „vor" der Erlaubniserteilung (Recht „auf" die Erlaubnis).

Hat der Gesetzgeber den Betrieb eines Gewerbes an eine Erlaubnis geknüpft, so kann die Art ihrer Erteilung in dreifacher Weise geregelt werden:

1. Die bestimmteste Art liegt vor, wenn der Gesetzgeber sagt: „Die Genehmigung muß in den und den Fällen erteilt werden" oder „sie darf nur versagt werden, wenn . . . . ".

Hier spricht man von gebundener Erlaubnis. Der Entscheid, ob die Betriebserlaubnis[126]) zu erteilen ist oder nicht, hängt nicht von dem Ermessen der Behörde ab, sondern in diesen Fällen muß die Erlaubnis erteilt werden. Genau wie bei der Gewerbefreiheit fragt es sich auch hier, ob diese Rechtslage lediglich eine objektive Rechtsnorm für das Handeln der Behörde bildet oder ob der Einzelne ein Recht auf die Erlaubnis erhalten hat. Wer s. ö. R. gegenüber dem Staat nicht anerkennt, sieht in einer solchen Norm einen Befehl an die Behörde, die Erlaubnis zu erteilen. Dagegen werden diejenigen, die s. ö. R. noch gelten lassen, gerade in dieser Ausdrucksweise „muß erteilt" oder „darf nur versagt werden" die Einräumung eines s. ö. R. auf Erteilung der Erlaubnis erblicken. Zur Erläuterung mag ein Beispiel angeführt werden.

In § 4 Ziff. 1 des Reichsgesetzes über das Kreditwesen vom 5. 12. 34 (RGBl I/1203) heißt es:

„Die Erlaubnis darf nur versagt werden:

a) wenn die Geschäftsleiter des Kreditinstituts oder die Leiter von Zweigstellen nicht ehrbar oder fachlich nicht genügend vorgebildet sind oder die für den Betrieb der Unternehmung oder des Betriebsteiles, den sie zu leiten haben, sonst noch erforderlichen Eigenschaften und Erfahrungen nicht besitzen,

b) wenn die Erlaubnis unter Berücksichtigung der örtlichen und gesamtwirtschaftlichen Bedürfnisse nicht gerechtfertigt erscheint,

c) wenn der Unternehmung die zum Geschäftsbetrieb erforderlichen Mittel im Inland nicht zur Verfügung stehen".

---

[125]) Ausdrücke von Bühler, Festg. f. Fleiner S. 42.

[126]) Huber, Wirt. Verw. R. S. 77.

Wenn die Erlaubniserteilung nach § 4 Ziff. 1 lit. b auch von dem Bedürfnis abhängig ist, so ist damit die Erteilung nicht Ermessensache des Reichskommissars geworden. Die Prüfung des Bedürfnisses ist zwar in gewissem Sinne Ermessensache, aber doch nur beschränkt, denn seine Feststellung ist an bestimmte Voraussetzungen geknüpft. Erlaubnisse, die an den Bedürfnisnachweis gebunden sind, können nicht schlechthin als freie Erlaubnis gelten[127]). Die Erlaubnis aus § 4 muß also erteilt werden, wenn keiner der Verweigerungsgründe vorliegt[128]). Der einzelne Nachsuchende hat ein s. ö. R. auf Erteilung der Erlaubnis. Es liegt eine gebundene Erlaubnis vor. Laut Art. 2 der 1. DVO vom 9. 2. 35 (RGBl I/205) kann aber der Reichskommissar die Erlaubnis unter Auflagen und auf Zeit erteilen. Damit wird zwar Art und Maß der Erteilung in das Ermessen der Behörde gestellt, aber nicht ihre Erteilung schlechthin.

Daß § 1, II des Gesetzes über das Versteigerergewerbe vom 16. 10. 34 (RGBl I/974) eine gebundene Erlaubnis enthält, ist aus seinem Wortlaut nicht ohne weiteres zu entnehmen:

„Die Erlaubnis darf nur natürlichen Personen erteilt werden und zwar nur dann, wenn:

1. ein Bedürfnis für die Zulassung eines Versteigerers nachgewiesen wird,
2. der Antragsteller die für das Versteigerergewerbe erforderliche Zuverlässigkeit besitzt".

Man könnte hier an eine teilweise gebundene Erlaubnis denken, aber § 9 (Verst.Vorschr.) vom 30. 10. 34 (RGBl I/1091) sagt:

„Nach § 1, II des Gesetzes über das Versteigerergewerbe ist die Erlaubnis zu erteilen, wenn..... (Voraussetzungen wie oben)"

Es kann bei der Formulierung „ist zu erteilen" nicht bezweifelt werden, daß der Einzelne ein Recht auf Erteilung der Erlaubnis hat, sofern die beiden Voraussetzungen erfüllt sind[129]). Zweck der behördlichen Erlaubnis ist die Fernhaltung von Schäden für die Volksgemeinschaft. Hat der Einzelne sämtliche Voraussetzungen erfüllt, die für die Erlaubniserteilung nach dem Willen des Gesetzgebers notwendig sind, dann liegt in seiner Person keine Gefahr für die Gemeinschaft. Er hat ein s. ö. R. auf Erteilung der Erlaubnis.

2. Anders liegt es, wenn die Erteilung in das Ermessen der Verwaltungsbehörde gestellt ist, sogen. freie Erlaubnis. Der Gesetzgeber sagt:

---

[127]) Drews, Pol. R. Bd. 2, S. 110 Nr. 4.
[128]) Ebenso Pfundtner-Neubert § 4 Anm. 1.
[129]) Drews, Pol. Recht Bd. 2, S. 95 a. E.
Bühler, Festg. f. Kleiner S. 44 ff.
Günther, Jur. W. 1935/169 rechts oben.
Pfundtner-Neubert, § 1 Verst. Ges. Anm. 6 und § 9 Verst. Vorschr. Anm. 1 u. 2.

„Die Genehmigung kann erteilt werden" oder „es besteht kein Rechtsanspruch auf ...."

— Vgl. z. B. § 10 der Verordnung über das Schornsteinfegerwesen vom 15. 4. 35 (RGBl I/515). Das OVG[130]) hat bereits vor Erlaß dieser Verordnung entschieden, daß es keinen Rechtsanspruch auf eine solche Qualifikation als Hilfsperson der Polizei (als Bezirksschornsteinfegermeister) gibt. —

Die Position, die der Einzelne bei der freien Erlaubnis hat, ist schwach. Wird ihm die Erlaubnis nicht erteilt, kann er nur die Behörde um nochmalige Prüfung bitten. Er hat keinen Anspruch auf die Erteilung.

3. Das System der gebundenen und der freien Erlaubnis kann miteinander verflochten werden. Die Erlaubnis „darf nur erteilt werden", wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind, sie braucht aber nicht erteilt zu werden. § 9 des Reichsgesetzes über die Beförderung von Personen zu Lande vom 4. 12. 1934 (RGBl I/1217) und § 12 DO vom 26. 5. 1935 sagen:

1. § 9: „Die Genehmigung darf nur erteilt werden, wenn der Antragsteller zuverlässig ist, die Sicherheit und Leistungsfähigkeit des Betriebes gewährleistet ist und das Unternehmen den Interessen des öffentlichen Verkehrs nicht zuwiderläuft".
2. § 12: „Der Antragsteller hat, auch wenn die Voraussetzungen des § 9 des Gesetzes erfüllt sind, keinen Anspruch auf die Erteilung der Genehmigung".

Für die nur teilweise gebundene Erlaubnis besteht gleichfalls kein Anspruch auf ihre Erteilung, weil es im freien Ermessen der Behörde steht, ob sie trotz Erfüllung bestimmter Voraussetzungen durch den Nachsuchenden die Erlaubnis erteilen will[131])). Die Behörde ist nur insofern in ihrer Entschließung gebunden, als sie nach § 9 keine Unternehmen zulassen darf, welche die Voraussetzungen des § 9 nicht erfüllen[132]).

Die Frage, ob man im heutigen Staat noch einen „Rechtsanspruch" auf eine „Betätigungserlaubnis" anerkennen kann, wird von Maunz[133]) verneint. Bei der Einteilung in gebundene, freie und teilweise gebundene Erlaubnis ist die Untersuchung der Frage nur für die gebundene Erlaubnis von Bedeutung, weil die beiden anderen Fälle keine Ansprüche auf Erteilung erzeugen. Eine Erteilung liegt bei ihnen im Ermessen der Behörde.

---

130) OVG Bd. 79/286.
131) Vgl. Pfundtner-Neubert zu § 9 d. Pers. Bef. Ges. Anm. 1.
132) Hein, Ges. über die Bef. v. Pers. S. 63.
ders., R. Verw. Bl. 1935/333.
133) D. R. 1935/395 ff.

Das s. ö. R. auf Erteilung einer Gewerbeerlaubnis unterscheidet sich von dem s. ö. R. „Gewerbefreiheit" insofern, als das erste gegenüber den Verwaltungsbehörden auf ein positives Tun, nämlich auf die Handlung, die Erlaubnis zu erteilen, gerichtet ist, während das letztere ein Abwehrrecht gegenüber den Verwaltungsbehörden, im Sinne eines Anspruchs auf ein Unterlassen störender Eingriffe in den Freiheitskreis darstellt. (Vgl. S. 31, 37 d. Arbeit). Die Entscheidung, ob der Einzelne noch ein s. ö. R. auf Erteilung einer Erlaubnis im nationalsozialistischen Staat haben kann, hängt eng mit der grundsätzlichen Frage zusammen, ob es im nationalsozialistischen Staat überhaupt noch s. ö. R. gegenüber den Verwaltungsbehörden geben kann. Es wurde schon darauf hingewiesen (vgl. S. 38), daß diejenigen Schriftsteller, die den Bestand s. ö. R. im nationalsozialistischen Staat noch anerkennen, auch dem Einzelnen einen Anspruch auf eine Gewerbeerlaubnis zuerkennen, zumal dann, wenn der Gesetzgeber diesen Anspruch selbst durch die Formulierung „ist zu erteilen, muß erteilt werden" einräumt. Da Maunz entgegen seiner Ansicht in seiner Schrift „Neue Grundlagen des Verwaltungsrechts (S. 35)" s. ö. R. heute nicht mehr bestehen läßt und besonders zu der Frage des Rechts auf Erteilung einer Erlaubnis Stellung genommen hat, soll hierauf noch genauer eingegangen werden.

Maunz[134]) geht neuerdings im Anschluß an Höhn von der Einordnung des Einzelnen in die konkrete Gemeinschaft aus, in der es s. ö. R. nicht mehr gibt. Das Gemeinschaftsglied könne folglich keinen Rechtsanspruch gegen die Gemeinschaft auf Einräumung einer neuen Stellung erheben; die Erteilung könne künftig nicht mehr erzwungen werden. In dieser Frage kann Maunz nicht zugestimmt werden. Vor allem hat Vogel[135]) hierzu beachtliche Anregungen gegeben. Vogel sagt: „Das subjektive Recht des Gliedes ist also das Recht auf die ihm (objektiv) gebührende rechte Gliedstellung, das heißt auf die Stellung, die ihm auf Grund seiner gliedlichen Eigenschaften und Fähigkeiten zukommt, und zwar in dem Ganzen, das ihm übergeordnet ist; andererseits ist aber auch vom Objektiven her gefollt, daß jedes Glied erhält, was ihm auf Grund seiner Fähigkeiten für das Ganze gebührt, da das Ganze sich in arteignen, vollkommnen Gliedern darstellt, also möglichste Vollkommenheit der Glieder gefollt ist, und das Ganze erst recht zur Darstellung bringt".

Aus Vogel's Darlegungen ist folgendes zu entnehmen: Es kommt ihm darauf an, zu zeigen, daß weder der Einzelne noch die Gemeinschaft unabhängig von einander leben können. Der Einzelne vervollkommnet sich durch die Gemeinschaft, sie selbst braucht aber die Tüchtigsten zu ihrem

---

134) D. R. 1935/396 No. 2.
135) Grundzüge eines ganzheitlichen Systems d. Rechts S. 36.

eignen Fortbestand. Ein Handwerker, der eine ordentliche Gesellen- und Meisterprüfung abgelegt hat, hat ein Recht auf die ihm gebührende, rechte Gliedstellung, d. h. auf die Stellung, die ihm auf Grund seiner gliedlichen Eigenschaften zukommt, nämlich Handwerksmeister zu sein. Indem der Lehrling durch Fleiß und Regsamkeit zum Gesellen und Meister sich heranformt, erfüllt er den Anspruch, den die Gemeinschaft an ihn stellt. Diese Wechselwirkung zwischen Einzelnem und Gemeinschaft, das vertrauensvolle gegenseitige Geben und Nehmen ist die Grundlage für das Gemeinschaftsleben. Aus dieser Grundhaltung heraus verbleibt dem Einzelnen im nationalsozialistischen Staat ein Bereich eigner Initiative, in dem er sich für die Gemeinschaft einzusetzen hat[136]). Erfüllt der einzelne Volksgenosse durch fleißige Arbeit und Leistung die Anforderungen, welche die Gemeinschaft stellt, so kann er auch die richtige, d. h. gerechte Gliedstellung beanspruchen. Derjenige, der aus eignem Antrieb alle Vorbereitungen zum Beginn eines Gewerbes getroffen hat, gegen den weder persönliche noch sachliche Bedenken vorliegen, hat Anspruch auf eine „Betätigungserlaubnis". Will die Gemeinschaft die unbedingte Bindung, eine Erlaubnis erteilen zu müssen, nicht eingehen, so stellt sie die Erlaubniserteilung in das Ermessen ihrer Behörden. Auch in der neuesten Gesetzgebung finden wir jedoch noch gebundene Erlaubnisse, z. B. der eben erwähnte § 4 des Reichsgesetzes über das Kreditwesen und § 1 Abs. II Verst.Ges. mit § 9 Verst.Vorschr., die für die Einzelnen einen Anspruch auf die Erlaubniserteilung gegenüber der Behörde begründen.

II. Die Rechtslage „nach" der Erlaubniserteilung (Recht „aus" der Erlaubnis).

Die Rechtslage, die für den Einzelnen durch die Erteilung der Erlaubnis geschaffen wird, hängt eng mit der Auffassung der Gewerbefreiheit zusammen. Nach Laband, Seydel, Schecher[137]) bedeutet Gewerbefreiheit nur Handlungsfreiheit auf dem Gebiet der gewerblichen Tätigkeit und kein s. ö. R. Wer auf Grund einer persönlichen Genehmigung ein Gewerbe betreibt, betreibe es „wie jeder andere auf Grund der allgemeinen Handlungsfreiheit" auf gewerblichem Gebiet. Der behördliche Ausspruch, welcher eine bestimmte Person für befähigt erklärt oder einer bestimmten Person den Betrieb eines Gewerbes erlaubt, bedeute nur die Beseitigung der gewerbepolizeilichen Hindernisse und Schranken (OVG Bd. 78/259). Die Gewerbeerlaubnis sei nur die Verneinung des allge-

[136]) Vgl. Buwert D. R. 1935/67: „Die gewaltige, schöpferische Kraft der privaten Initiative will der Nationalsozialismus nicht verschütten, sondern nur lenken."

[137]) Gewerbepolizeirecht S. 8/10.

meinen Verbotes für den bestimmten Fall. Eine solche Aufhebung von Schranken könne unmöglich den Tatbestand der Verleihung eines individuellen Rechts bilden[138]) — Nach Fleiner[139]) verleiht die Erlaubnis dem Bürger kein „neues Recht". Sie stellt lediglich fest, daß gegen die beabsichtigte Tätigkeit des Gesuchstellers keine Hindernisse vorliegen.

Im Gegensatz zu dieser Auffassung steht die subjektivrechtliche Konzessionstheorie, die von der Gewerbefreiheit als s. ö. R. ausgeht und die werbeerlaubnis für einen Akt der Verleihung eines solchen Rechts erklärt. Besonders wird diese Lehre von Bühler[140]) vertreten. Der Gewerbetreibende, der durch die Erteilung der Erlaubnis eine feste Position erlangt hat, die er vorher nicht hatte, hat nach Bühler ein Recht erlangt, denn es besteht für ihn zunächst keine natürliche Freiheit, sondern ein Verbot und demgegenüber schafft die Erlaubnis etwas Neues, ein Recht. Nach Landmann—Rohmer[141]) gewährt die erteilte Erlaubnis ein s. ö. R., das nicht willkürlich entzogen werden kann.

Eine Einigkeit wird darüber nicht zu erzielen sein, ob durch die Erlaubniserteilung dem Einzelnen eine bessere Rechtslage (durch Wiederherstellung der Handlungsfreiheit oder durch Verleihung eines s. ö. R.) gewährt oder ob bloß der Zustand hergestellt wird, der bestehen würde, wenn das betreffende Gewerbe von vornherein nicht genehmigungspflichtig wäre. Der Ausgangspunkt beider Betrachtungen ist völlig verschieden. Einmal wird die Rechtslage des Einzelnen nach der Erteilung der Erlaubnis mit seiner früheren Rechtslage verglichen, zum anderen wird sie in das Verhältnis zu den übrigen Gewerbetreibenden gesetzt. Man wird unterscheiden:

1. Die Rechtslage, die für den Einzelnen im Vergleich zu seiner früheren Rechtslage durch die Erteilung geschaffen wird. Hier wird man sagen müssen, daß durch die Erlaubniserteilung der Nachsuchende ein „Dürfen" erhalten hat. Er darf jetzt das Gewerbe betreiben, das ihm vorher verboten war. Seine Rechtslage ist im Vergleich zu seiner früheren verbessert.

2. Die Rechtslage, die für den Einzelnen im Vergleich zu den übrigen Gewerbetreibenden hervorgerufen wird, deren Gewerbebetrieb keiner Erlaubnis unterliegt. Huber[142]) stellt fest, daß

---

[138]) Schecher, a. a. O., S. 11, ebenso G. Jellinek S. ö. R. Aufl. 1892 S. 105.
[139]) Institutionen, S. 410.
Drews, Pol. R. Bd. 1. S. 67.
Ebenso Fleischmann, Egers Eisenb. Entsch. 20/290 spricht von „keinem erhöhten Recht".
[140]) Bühler, Festg. f. Fleiner S. 42 ff.
ders., a. a. O. S. 45.
[141]) Kommentar S. 73.
[142]) Wirt. Verw. R. S. 78.

die Erlaubnis eben den Rechtszustand herstellt, der für andere freie Betriebe besteht. Damit vergleicht er aber die Rechtslage nach der Erlaubniserteilung mit der Rechtslage der anderen freien Betriebe. Gegenüber den freien Betrieben hat der Nachsuchende nichts Besonderes erhalten. Im Vergleich zu ihnen ist nur der Zustand hergestellt, der bestehen würde, wenn das die gewerbliche Freiheit einschränkende Gesetz und die darin geregelte gewerbliche Tätigkeit von vornherein frei von staatlichen Hemmungen ausgeübt werden könnte. Durch die Erlaubniserteilung wird die Rechtslage des Nachsuchenden an die Rechtslage der übrigen Gewerbetreibenden angeglichen.

Da die Gewerbefreiheit als gemeinschaftsgebundener Freiheitsbereich und nur noch unter dieser Voraussetzung als s. ö. R. betrachtet wird, so erwirbt der Einzelne für seine Person durch die Erlaubniserteilung dieselbe Rechtslage wie jeder andere freie Gewerbetreibende, mithin ein s. ö. R. in dem eingeschränkten Sinn.

Ob dieses s. ö. R. von der Behörde wieder entzogen werden kann, richtet sich in erster Linie nach den Bestimmungen des Gesetzes, aus dem die Erlaubnis erteilt ist. Häufig finden sich in dem Gesetz die Gründe, die eine Zurücknahme oder Einschränkung rechtfertigen, erschöpfend aufgezählt[143]).

Als Beispiel für eine Regelung, die der Gesetzgeber selbst vornimmt, sei wieder das Reichsgesetz über das Kreditwesen vom 5. 12. 34 (RGBl I/1203) mit seiner 1. DVO vom 9. 2. 35 (RGBl I/205) angeführt:

Die Erteilung der Erlaubnis steht zwar nicht im Ermessen der Behörde (vgl. Seite 38/39), sie kann aber unter einer Auflage und auf Zeit geschehen, Art. 2 DVO. Durch eine Auflage wird das s. ö. R. aus der Erlaubnis eingeschränkt und es erlischt sogar, wenn die Erlaubnis nur auf Zeit, also befristet, gegeben ist. Nach § 5 erfolgt Rücknahme der Erlaubnis, wenn nicht die Geschäftseröffnung innerhalb eines Jahres erfolgt oder der Geschäftsbetrieb ein Jahr lang nicht ausgeübt wird (ähnlich § 49 RGO). Der Reichskommissar kann nach § 6 die Fortführung des Geschäftsbetriebes untersagen, allein aus anderen als den in § 6 angegebenen Gründen darf die Untersagung nicht ausgesprochen werden. Entsprechend den weitgehenden Folgen der Untersagung für die betreffenden Unternehmungen sind die Untersagungsgründe enger eingegrenzt als die Versagungsgründe im Zulassungsverfahren[144]).

Allgemein wird man sagen können, daß in den Fällen, in denen die Behörde an eine Erteilung der Erlaubnis gebunden ist, sie diese auch nicht ohne gesetzliche Ermächtigung zurücknehmen kann. Denn stünde es im Ermessen der Behörde, die erteilte Erlaubnis alsbald wieder zurück-

[143]) Herrnritt, Grundlehren d. Verw. R. S. 349.
[144]) Pfundtner-Neubert zu § 6 Anm. 1.

zunehmen, so würde hierdurch ihre Gebundenheit zur Erlaubniserteilung wieder aufgehoben.

Anders liegt es bei der freien Erlaubnis. Der einzelne Nachsuchende weiß, daß die Behörde zur Erteilung nicht verpflichtet ist. Seine Rechtslage gegenüber der Behörde ist von vorherein nicht so günstig wie bei der gebundenen Erlaubnis. Man könnte der Ansicht sein, daß durch die Erlaubniserteilung seine Position gegenüber der Behörde gefestigt wird. Wenn nämlich die Erlaubniserteilung im freien Ermessen der Behörde steht, so braucht noch nicht daraus zu folgen, daß auch die Zurücknahme der Erlaubnis in ihrem freien Ermessen steht[145]). Die Verhältnisse, welche die Behörde zu einer Erlaubniserteilung veranlaßten, können sich mit der Zeit verändern, so daß die Behörde nunmehr die Erlaubnis verweigern würde. Die Behörde hat daher nach pflichtmäßigem[146]) Ermessen zu überprüfen, ob die Aufrechterhaltung der Erlaubnis im Interesse der Gemeinschaft noch geboten ist. Kommt sie zu einem negativen Ergebnis, hat sie die Erlaubnis zurückzunehmen. Eine Einschränkung oder Zurücknahme der gebundenen Erlaubnis kann dagegen, auch infolge veränderter Verhältnisse, nur durch den Gesetzgeber erfolgen. Bei der freien Erlaubnis ist der Entscheid über Einschränkung oder Zurücknahme der Erlaubnis der Behörde gewissermaßen übertragen. Sie erfüllt hier für den einzelnen Fall die volle Aufgabe für den Gesetzgeber. Somit begründet die gebundene Erlaubnis eine gefestigte Position für den Einzelnen, die freie Erlaubnis aber nicht.

§ 6.

Das Eingriffsrecht der Polizei und des Strafrichters in die Gewerbefreiheit.

I. Das Eingriffsrecht der Polizei.

Da dem einzelnen Volksgenossen im nationalsozialistischen Staat noch ein wirtschaftlicher Freiheitskreis gewährt wird, erhebt sich die Frage, wie es mit dem Eingriffsrecht staatlicher Organe in diesen Freiheitskreis steht, ob sie diesen Bereich nach ihrem freien Ermessen schmälern und sogar entziehen können oder ob sie mit ihren Maßnahmen davor Halt machen müssen. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die Polizei.

1. Die staatsrechtliche Stellung der Polizei ist im nationalsozialistischen Staat nicht verändert worden. Ihre Aufgabe ist weiterhin die Abwehr von Gefahren, die der öffentlichen Sicherheit und Ordnung

---

145) Herrnritt, Grundl. d. Verw. R. S. 349.

146) Da die Zurücknahme der Erlaubnis nach „pflichtmäßigem Ermessen" zu geschehen hat, ist jede Willkür ausgeschlossen.

drohen. Eine Erweiterung des Aufgabenkreises der Polizei ist bisher nicht erfolgt und auch in einem künftigen Reichspolizeigesetz nicht beabsichtigt[147]). Die Polizei darf deshalb wie bisher in einen Gewerbebetrieb nur eingreifen, wenn durch die Art seiner Ausübung eine Gefährdung der Volksgemeinschaft entsteht (§ 14 PVG). Die Polizei ist nicht befugt, von 10 bestehenden Geschäften eines Handelszweiges drei zu schließen, weil in dem betreffenden Stadtviertel nur sieben Geschäfte lebensfähig sind. Die Ordnung des Wirtschafts- und Gewerbelebens ist nicht Aufgabe der Polizei, es sei denn, daß sie durch besondere Gesetze dazu ermächtigt wird. Auch nach Lauer[148]) kann die Wirtschafts- und Gewerbefreiheit durch polizeiliche Maßnahmen *nur nach Maßgabe der Reichsgesetze*, z. B. Gewerbeordnung und Gaststättengesetz, eingeschränkt werden. Belastende polizeiliche Verwaltungsakte, die von dem Einzelnen ein bestimmtes Tun, Dulden oder Unterlassen fordern, sind nur auf Grund einer Ermächtigung durch Rechtsvorschrift zulässig[149]). Wenn die Volksgemeinschaft dem Einzelnen einen Freiheitskreis für seine wirtschaftlichen und gewerblichen Aufgaben überläßt, darf die Polizei diesen Freiheitsbereich ohne gesetzliche Ermächtigung nicht einschränken. Der nationalsozialistische Gesetzgeber hält an diesem Grundsatz fest. Das zeigt seine Sorgfalt, die er darauf verwendet, das Eingriffsrecht der Polizei oder anderer Behörden in das Wirtschafts- und Gewerbeleben durch besondere, gesetzliche Ermächtigungen laufend zu ordnen. Als Beispiele seien genannt:

1. Das Gesetz zum Schutz des Einzelhandels vom 12. 5. 33. (RGBl. I/262) §§ 2, 8 d. Art. I: „Verkaufsstellen oder Verteilungsstellen, die entgegen den Vorschriften der §§ 2, 3, 4 errichtet worden sind, oder selbständige Handwerksbetriebe, die entgegen der Vorschrift des § 7 in einem dort genannten Betriebe errichtet wurden, *hat die Polizei zu schließen*“ [150]).
2. Verordnung über den Abbau der selbständigen Handwerksbetriebe in Warenhäusern vom 11. 7. 33 (RGBl. I/468) § 2:
„Selbständige Handwerksbetriebe und Annahmestellen zur Entgegennahme

---

[147]) Vgl. Grauert, DJZ. 1934/968.
„ Lauer, Die Pol. im nat. soz. St. S. 11.
„ Köhler, Grundlehren S. 346.
„ Meißner-Kaisenberg, a. a. O., S. 161.
„ Knauth, DJZ. 1935/222.
„ Emig, Zeitschr. f. ges. St. W. Bd. 95/470.
„ Sächs. OVG., Jur. W. 1935/1654 No. 41.
Anderer Ansicht: Hamel, DJZ. 1935/326.
ders., D.R. 1935/414.
Höhn, D. R. 1936, 128 ff.

[148]) a. a. O., S. 21.

[149]) Köhler, a. a. O., S. 346.

[150]) Vgl. hierzu die genaue Anweisung an die Pol. Beh. durch d. M. f. W. u. A. vom 1. 9. 33, in Mi. Bl. f. d. Pr. i. Verw. 1933/1115.

von Aufträgen zur Ausführung handwerklicher Leistungen, die entgegen der Bestimmung in § 1 in Verbindung mit einem Warenhaus unterhalten werden, hat die Polizei zu schließen".

3. Durch das Gesetz zur Ergänzung des Gesetzes zum Schutz des Einzelhandels vom 15. 7. 33 (RGBl. I/493) wird der Polizei eine weitere notwendige Ermächtigung zuteil. Art. I Abs. II: „Dem § 8 wird folgender Satz eingefügt: Ferner hat die Polizeibehörde, Erfrischungsräume oder andere Schankwirtsräume, für die die Erlaubnis auf Grund des § 7, II zurückgenommen worden ist, zu schließen".
4. Ein weiteres Gesetz zur Änderung des Gesetzes zum Schutz des Einzelhandels vom 9. 5. 35 (RGBl. I/589) bringt eine nochmalige redaktionelle Änderung des § 8, II des E. H. Sch. G.; § 8, II lautet: „Ferner hat die Polizeibehörde, Schankwirtschaften oder Erfrischungsräume, die entgegen dem im § 7, II ausgesprochenen Verbot in den dort genannten Einzelhandelsbetrieben weitergeführt werden, zu schließen".

Allein aus dieser kurzen Aufstellung geht hervor, wie genau der Gesetzgeber die polizeiliche Ermächtigung an die jeweils durch das Gesetz geschaffene Rechtslage angleicht. Aber auch andere Gesetze und Verordnungen bestimmen das Eingriffsrecht der Polizei oder der Behörden. Nach § 16 Ziff. 3 der 2. Verordnung über den vorläufigen Aufbau des deutschen Handwerks vom 18. 1. 35 (RGBl I/14 ff.) kann die Fortsetzung eines entgegen den Vorschriften dieser Verordnung ausgeübten selbständigen Handwerksbetriebes „polizeilich" verhindert werden. Das Reichsgesetz über die Beförderung von Personen zu Lande vom 4. 12. 34 (RGBl I/1217) bestimmt im § 12, daß die Genehmigungsbehörde die Durchführung aller Anordnungen nach den für polizeiliche Verfügungen geltenden Bestimmungen (in Preußen PVG vom 1. 6. 31) erzwingen kann, und nach § 45 des Reichsgesetzes über das Kreditwesen vom 5. 12. 34 (RGBl I/1203) kann der Reichskommissar die Befolgung der Verfügungen, die er innerhalb seiner gesetzlichen Befugnisse trifft, durch Zwangsmittel (Erzwingungsstrafen in Geld und unmittelbaren Zwang)durchsetzen. Weshalb der Gesetzgeber selbst das polizeiliche Eingriffsrecht in den verschiedenen Gesetzen regelt, ist nicht schwer zu beantworten. Erstens will er der Durchführung seiner Gesetze Nachdruck verleihen, zweitens will er willkürliche Maßnahmen der Polizei verhüten. Nur die Staatsführung hat die Übersicht über die gesamte Wirtschaft. Sie kann allein Art und Maß der polizeilichen Durchführung beurteilen.

Das Verhältnis der einzelnen gesetzlichen Ermächtigungen zu § 14 PVG ist streitig. Michel[151]) vertritt die Ansicht, die polizeiliche Schließungsbefugnis ergebe sich schon aus den allgemeinen Aufgaben der Polizei (also § 14, I PVG). Oesterle[152]) ist dagegen der Auffassung, daß es sich nach preußischem Recht um Aufgaben der Polizeibehörden handele, die

[151]) In Pfundtner-Neubert, § 8 E. H. Sch. G. Anm. 2.
[152]) Jur. W. 1933/1227; Neues Wirtschaftsr. S. 25 No. 6.

ihnen durch Gesetz besonders übertragen sind (§ 14, II PVG). Hiermit erschöpfen sich nach Oesterle jedoch nicht die Möglichkeiten zu einem polizeilichen Einschreiten. Die Polizei habe nach § 14, I PVG die der öffentlichen Sicherheit drohenden Gefahren abzuwehren. Zu dieser Gefahrenabwehr zähle auch die Verhütung drohender Straftaten. Da z. B. nach § 3 der Verordnung über den Abbau der selbständigen Handwerksbetriebe in Warenhäusern vom 11. 7. 33 die Unterhaltung einer Konditorei, eines Fotoateliers usw. eine strafbare Handlung darstellt, könne auf Grund des § 14, I PVG derartigen bevorstehenden oder andauernden Zuwiderhandlungen polizeilich entgegen getreten werden. Diese Maßnahmen hätten im Rahmen der §§ 40 ff. zu erfolgen. Dieser letzten Meinung ist aus folgendem Grunde beizutreten:

Wäre der Gesetzgeber der Meinung gewesen, daß die Durchführung des E. H. Sch. Ges. durch die Polizeibehörden reibungslos möglich gewesen wäre, a. Gr. v. § 14, I PVG, dann hätte es allerdings einer Sondermächtigung (§ 14, II PVG) nicht mehr bedurft. Der Gesetzgeber schreibt aber genau vor, daß nur derjenige Raum zu schließen ist, der entgegen dem Verbot weitergeführt wird (§ 8, II E. H. Sch. G.). Die Polizei darf also nicht den ganzen Betrieb schließen, weil sie auf Grund des § 14, I PVG auch nicht über die Grenzen hinausgehen darf, die in dem Sondergesetz ausdrücklich gezogen sind[153]). Die Polizei kann daher, wie Oesterle richtig erkennt, einmal auf Grund der ihr übertragenen Sonderaufgabe nach § 14, II PVG, zum anderen zur Verhütung einer strafbaren Handlung nach § 14, I PVG tätig werden. Diese beiden Möglichkeiten schließen sich gegenseitig nicht aus[154]), nur hat sich das Einschreiten nach § 14, I PVG im Rahmen des Sondergesetzes zu halten.

2. Wenn festgestellt wurde (vgl. S. 46), die Ordnung des Wirtschafts- und Gewerbelebens sei nicht Aufgabe der Polizei, es sei denn, daß sie durch besondere Gesetze dazu ermächtigt wird, so darf die Polizei doch wie bisher in einen Gewerbebetrieb eingreifen, wenn durch die Art seiner Ausübung eine Gefährdung der Volksgemeinschaft entsteht. Die Polizei ist also nicht befugt, ohne reichsgesetzliche Ermächtigung den Beginn eines Gewerbes von sich aus an eine polizeiliche Erlaubnis zu knüpfen, denn Art und Maß der Gewährung oder Entziehung eines wirtschaftlichen Freiheitskreises bestimmt sich nach der gesamtwirtschaftlichen Lage. Diese Bestimmung trifft aber die Staatsführung. Ganz anders liegt jedoch die Frage, wenn der Inhaber eines Freiheitskreises diesen zu einer Schädigung der Volksgemeinschaft ausnutzt. Hier tritt die eigentliche Aufgabe der Polizei hervor, die Gefahrenabwehr. Die Polizei muß aus dem Gesichtspunkt der Gefahrenabwehr in diesen Freiheitskreis ein-

[153]) Friedrichs, Kommentar § 14 No. 58 S. 120.
[154]) Franzen, Lehrkomm. § 14 S. 208.

greifen und notfalls ihn dem Inhaber vorübergehend entziehen können, wenn eine Schädigung der Gemeinschaft auf andere Weise nicht verhütet werden kann. Der Freiheitsbereich des Einzelnen ist im nationalsozialistischen Staat nur insoweit „polizeifest", als sein Inhaber ihn zum Wohl der Gemeinschaft verwaltet. Zu einer genaueren Betrachtung bietet uns eine Entscheidung des OVG[155]) und die u. E. zutreffende Besprechung von Reuß Gelegenheit. Der Sachverhalt lautet:

„Die Ortspolizeibehörde in O. erhob am 23. 6. 1934 gegen den Rechtsberater M. Klage im Verwaltungsstreitverfahren auf Untersagung des Betriebes wegen Unzuverlässigkeit. Am folgenden Tage verbot sie selbst ihm die weitere Ausübung des Betriebes gemäß §§ 14, 40, 41 PVG vom 1. 6. 1931 von sofort an, da die Durchführung des Verbotes aus überwiegenden Gründen des öffentlichen Interesses keinen Aufschub leide. Die Art seiner Vorstrafen wegen Preistreiberei, übler Nachrede, Beleidigung, Betrug, Sittlichkeitsverbrechens lasse erkennen, daß ihm die erforderliche Zuverlässigkeit als Rechtsberater fehle. Er beherrsche in seinen Schriftsätzen weder die Rechtschreibung noch drücke er sich verständlich aus. Er sei auch schon in einer Irrenanstalt zur Beobachtung seines Geisteszustandes gewesen. In der Ausübung des Gewerbes durch ihn liege eine Gefahr, durch die allgemein die öffentliche Sicherheit bedroht werde. Der nach erfolgloser Beschwerde erhobenen Klage des Rechtsberaters gab das Bezirksverwaltungsgericht statt. Die Revision des beklagten Landrats wies das OVG zurück".

Der Gewerbebetrieb eines Rechtsberaters gehörte (heute besteht Erlaubnispflicht) nach § 35 RGO zu den Gewerben, die zwar nach § 1 RGO frei begonnen, aber bei Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden untersagt werden konnten. Das OVG hält an seiner grundsätzlichen Auffassung fest, daß bis zur Untersagung des Gewerbebetriebes durch verwaltungsrichterlichen Entscheid die Polizei nicht befugt ist, den Gewerbebetrieb zu untersagen, selbst wenn sie glaubt, daß durch den Fortbetrieb des Gewerbes eine polizeiliche Gefahr entsteht. Reuß[156]) hebt richtig hervor, daß eine Auslegung des Grundsatzes „Gewerbefreiheit" nach nationalsozialistischer Anschauung nämlich der Anerkennung eines vorübergehenden Ausübungsverbotes zu einem gesünderen Ergebnis geführt hätte.

Gewerbefreiheit ist dem Einzelnen nur unter der Voraussetzung der Einordnung seines Freiheitsbereiches in die Volksgemeinschaft gewährt. Wer wegen Preistreiberei, übler Nachrede, Beleidigung, Betruges und Sittlichkeitsverbrechens bestraft ist, kann kein Treuhänder für die Volksgemeinschaft sein. In seiner Betätigung als Rechtsberater (Unverständliche Schriftsätze, falsche Rechtschreibung) liegt eine konkrete Gefahr

---

[155]) Jur. W. 1935/2094 No. 116.
[156]) Jur. W. 1935/2094.

(§§ 14, 40, 41 PVG) für die Volksgemeinschaft, die ohne Aufschub beseitigt werden muß, auch wenn die endgültige Untersagung von einer anderen Stelle ausgehen soll[157]). Die Stellungnahme des OVG befriedigt auch deshalb nicht, weil es nach seiner eignen bisherigen Rechtsprechung gegen eine Ausübungsbeschränkung, die dem Rechtsberater praktisch die Fortsetzung seines Gewerbes unmöglich machte, wohl nichts einzuwenden gehabt hätte[158]). Diese Ansicht begründet es in anderen Fällen richtig damit, daß niemand berechtigt sei, ein freies Gewerbe so zu betreiben, daß daraus Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung entstehen. Immerhin hätte es von der Polizei doch einigen Scharfsinn erfordert, gerade das Gewerbe des Rechtsberaters durch polizeiliche Auflagen praktisch unmöglich zu machen. Die Beschlagnahme juristischer Kommentare, vielleicht auch einer Schreibmaschine, und die Schließung des Geschäftsraumes würden denkbare polizeiliche Auflagen darstellen, die jedoch insofern nicht zum Ziele führen würden, als der Rechtsberater sein Gewerbe jederzeit ohne besondere Vorkehrungen wieder aufnehmen kann[159]). Gerade bei denjenigen Gewerben, bei denen die Fähigkeit und das Wissen des Gewerbetreibenden die hauptsächlichen Voraussetzungen für den Betrieb sind, die daher keine großen Betriebseinrichtungen erfordern, bleibt der Polizei kein anderer Weg übrig, als dem Gewerbetreibenden selbst den Betrieb als solchen vorübergehend zu untersagen. In der praktischen Wirkung ist kein Unterschied zwischen einem Unmöglichmachen des Gewerbes durch polizeiliche Auflagen und einem unmittelbaren Untersagen vorhanden. Nach der Ansicht des OVG[160]) darf jedoch die Polizei den Gewerbebetrieb als solchen nicht untersagen, selbst wenn bis zum endgültigen verwaltungsrichterlichen Entscheid eine dauernde konkrete Gefahr für die Gemeinschaft besteht. Rein formal hält das OVG an dem Grundsatz der Gewerbefreiheit des Einzelnen fest, während es auf der anderen Seite ruhig erlaubt, daß sein materieller Inhalt durch polizeiliche Auflagen vollkommen entzogen werden kann. Darin zeigt sich aber der hauptsächlichste Unterschied, daß der Freiheitskreis des Einzelnen heute nicht mehr um seiner selbst willen formal aufrecht erhalten werden kann.

3. Wird einem Gewerbetreibenden durch eine polizeiliche Verfügung der Betrieb seines Gewerbes unmöglich gemacht, ohne daß die Voraussetzung der Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (§ 14 PVG) gegeben ist, so wird durch diese rechtswidrige und pflichtwidrige

---

[157]) Vgl. Lauer, a. a. O., S. 13; Köhler, a. a. O., S. 346/7.
Vgl. ferner, MBL. f. d. Pr. i. Verw. 1934/470.
Wie hier jetzt neuestens Thüring. OVG. in D. Verw. No. 4 v. 20. IV. 36. S. 130.

[158]) OVG. Bd. 92/107; vgl. Jur. W. 1935/1957 rechts.

[159]) Vgl. hierzu ähnlichen Gedanken OVG. DJZ. 1925/589.

[160]) OVG. Bd. 92/107; so auch neuestens Jur. W. 1935/1957.

Maßnahme dem Gewerbetreibenden ein Vermögensschaden zugefügt, der sich als eine Einbuße an Verdienst darstellen kann. Die Polizei haftet wie bisher für rechtswidrige, pflichtwidrige Eingriffe nach den allgemeinen Grundsätzen der Beamtenhaftung[161]). Art. 131 RV wird als einfaches Gesetz weiter gehandhabt[162]). Danach trifft die Verantwortlichkeit für einen schädigenden Zugriff grundsätzlich den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienst der Beamte steht. Der Rückgriff gegen den Beamten bleibt vorbehalten. Die Deliktsklage aus § 839 BGB ist zulässig[163]).

II. Der Eingriff durch den Strafrichter[164]).

Nur kurz soll auf die Strafrechtsnovelle vom 24. 11. 1933 hingewiesen werden, durch die ein neuer § 42 lit. I StGB eingefügt ist. § 42 lit. I StGB gestattet, unzuverlässigen Gewerbetreibenden, die ihr Gewerbe zu Verbrechen oder Vergehen unter grober Verletzung der ihnen kraft ihres Gewerbes obliegenden Pflichten mißbraucht haben und zu mindestens drei Monaten Freiheitsstrafe verurteilt sind, die Ausübung ihres Gewerbes oder Gewerbezweiges auf die Dauer von mindestens einem Jahr bis höchstens fünf Jahre zu untersagen. Diese Strafe *kann* das Gericht verhängen, wenn es erforderlich ist, die Allgemeinheit vor weiterer Gefährdung zu schützen. Ein Kaufmann verstößt gegen die ihm obliegenden Pflichten, wenn er die Preis-, Rabattgesetze oder die Devisenbestimmungen mißachtet. Allgemein handelt jemand unter Mißbrauch seines Gewerbes, wenn er unter bewußter Mißachtung der ihm innerhalb der Volksgemeinschaft gestellten Aufgaben sein Gewerbe dazu benutzt, einen diesen Aufgaben zuwiderlaufenden Zweck zu verfolgen. Die gewerbepolizeilichen Berufsverbote z. B. § 13 Gast. Ges., § 25 d. 1. DVO Reichskult. Ges., §§ 33a, II, 35, 35b, 59 RGO bleiben weiter bestehen. Durch sie ist der Ausschluß des Gewerbetreibenden aus seinem Gewerbe für dauernd möglich.

§ 7.

Der Eingriff in die Gewerbefreiheit durch die Reichsgesetzgebung. (Die Frage der Enteignung).

Die Staatsführung ist oftmals gezwungen, den Inhalt der Gewerbefreiheit einer veränderten Wirtschaftslage anzupassen. Sie kann durch Gesetz für freie Gewerbe die Erlaubnispflicht einführen, den Beginn

---

161) Meißner-Kaisenberg, a. a. O., S. 169.
162) C. Schmitt, DJZ. 1934/696.
163) Vgl. im übrigen Drews Pol. R. Bd. 1. S. 90 ff.
164) Vgl. Spohr, Wirtsch. Bl. d. J. H. K. Berlin 1935/580 ff.

eines bestimmten Gewerbes sperren oder ein bereits begonnenes Gewerbe verbieten. Diese Maßnahmen stellen Eingriffe in die Gewerbefreiheit dar, durch die der Einzelne gleichzeitig einen Vermögensschaden erleiden kann. Es erhebt sich deshalb die Frage, ob der Einzelne diesen Vermögensschaden selbst zu tragen hat oder ob nicht der Staat unter dem Gesichtspunkt der Enteignung (Art. 153 RV) zu einem Ausgleich der Vermögenseinbuße verpflichtet ist. Die beiden zuerst genannten Fälle, Einführung einer Erlaubnispflicht für freie Gewerbe und Sperre des Beginns eines bestimmten Gewerbes, bewirken für den Einzelnen nur eine Änderung des bisherigen allgemeinen Rechtszustandes, der den freien Beginn des Gewerbes gestattet. Es wurde schon festgestellt (vgl. S. 9 ff.), daß durch eine Änderung dieses allgemeinen Rechtszustandes von vornherein kein Entschädigungsanspruch des Einzelnen wegen Änderung der Rechtslage begründet wird. Öffentlichrechtliche Ansprüche und Pflichten könnten überhaupt erst aus dem konkreten Rechtsverhältnis erwachsen, das durch Beginn und Ausübung eines Gewerbebetriebes entsteht. Wenn der Staat nunmehr durch Gesetz die Fortführung des Gewerbebetriebes untersagt, so wird für den Einzelnen erstens das aus dem Rechtsverhältnis entspringende s. ö. Abwehrrecht vernichtet und zweitens in die privatrechtliche Vermögenssphäre eingegriffen.

Schon nach der bisherigen, herrschenden Auslegung[165]) des Art. 153 RV. galt die Entziehung eines s. ö. R. durch ein Reichsgesetz nicht als Enteignung. Gegenstand der Enteignung konnte stets nur ein privates Vermögensrecht sein. Diese Anschauung ist richtig, weil das Wesen der Enteignung darin besteht, daß durch einen staatshoheitlichen (öffentlichrechtlichen) Akt ein privates Vermögensrecht entzogen wird. Subjektive öffentliche Rechte können zwar durch einen staatshoheitlichen Akt entzogen, aber nicht „enteignet" werden, weil sie als öffentliche Rechte naturgemäß niemals zur privaten Vermögenssphäre des Einzelnen zu rechnen sind. Daraus folgt, daß bei einem Eingriff der Reichsgesetzgebung in die Gewerbefreiheit niemals die Entziehung des s. ö. R. „Gewerbefreiheit" eine Enteignung bildet und einen Entschädigungsanspruch begründet, sondern daß eine Enteignung nur in dem Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb gesehen werden kann. Da der Einzelne ein privates Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb hat, so wird durch ein Reichsgesetz, das die Fortführung des Gewerbebetriebes untersagt, dieses private Recht vernichtet. Die Vernichtung dieses subjektiven privaten Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb stellt die Enteignung dar.

Untersucht man nun die Frage, ob der Einzelne bei einem Eingriff der Reichsgesetzgebung in das Recht am eingerichteten und ausgeübten

[165]) Vgl. RGZ. Bd. 129/250, 251.

Gewerbebetrieb stets einen Entschädigungsanspruch wegen Enteignung besitzt, so ist von der Tatsache auszugehen, daß Art. 153 RV. durch die Verordnung zum Schutze von Volk und Staat vom 28. 2. 1933 außer Kraft gesetzt ist. Ein Teil des Schrifttums[166]) mißt zwar dem Vorspruch der Verordnung vom 28. 2. 33 für ihren Anwendungsbereich Bedeutung bei, denn die Abwehr kommunistischer staatsgefährdender Gewaltakte bedinge ihre Anwendung, Art. 153 RV. sei jedoch als solcher noch gültig, demgegenüber ist aber festzustellen, daß durch § 1 der Verordnung der Art. 153 RV. ohne irgendeinen Vorbehalt aufgehoben ist. Art. 153 RV. ist als „grundrechtmäßige Eigentumsgarantie alten Stiles"[167]) nicht mehr maßgebend. Für die Beurteilung der Rechtslage hinsichtlich der Enteignung ist genau wie bei der Gewerbefreiheit die verfassungsrechtliche Norm als solche nicht mehr heranzuziehen. Der nationalsozialistische Staat hat aber, weil er das Privateigentum anerkennt, das Rechtsinstitut der Enteignung als allgemeine Rechtsnorm übernommen. Deshalb erhebt sich die Frage, welchen Inhalt diese Rechtsnorm im neuen Staat hat.

Wenn schon im Weimarer Staat, der die Unversehrtheit der Privatsphäre des Individuums zum obersten Gesetz erhob, nicht jeder Eingriff in das Privateigentum entschädigt wurde, — ein einfaches Reichsgesetz konnte bestimmen, daß keine Entschädigung zu gewähren sei (Art. 153, II, 2 RV.) —, dann wird man im nationalsozialistischen Staat erst recht der Ansicht sein müssen, daß es keinen allgemeinen Entschädigungsanspruch des Einzelnen geben kann. Der einzelne Volksgenosse muß nämlich, wenn es das Wohl der Gemeinschaft erfordert, auch einzelne Rechte ohne Entschädigung aufopfern. Andererseits ist zu bedenken, daß ein entschädigungsloser Eingriff in das Vermögen für die Lebensexistenz des Einzelnen sehr entscheidend sein kann. Der Gesetzgeber wird daher unterscheiden müssen, ob durch den Eingriff ein für den Einzelnen tragbarer Vermögensschaden eintritt oder ob die vermögensrechtliche Schädigung so schwerwiegend ist, daß sie dem Einzelnen ohne einen Ausgleich nicht zugemutet werden kann. Da der nationalsozialistischen Staatsführung daran liegt, daß auch die kleinste Zelle der Volksgemeinschaft in Ordnung ist, wird sie die entschädigungslose Enteignung auf das Notwendigste beschränken müssen. Es ist Maunz' Ansicht[168]) zuzustimmen, daß die völlige Entziehung eines Vermögensrechts auch in der Zukunft nicht bedeutungslos ist und

---

[166]) Vgl. Poetzsch-Heffter, Jahrbuch d. öff. R. 1935/269 ff.
„ Franzen, Lehrkomm. z. PVG. Bd. II/137 ff.
„ W. Jellinek, Nachtrag 1934 S. 11.
Ebenso der VII. Senat des RG., vgl. hierzu Warn. Entsch. 1934/1 ff. A. A. ist der IV. Senat, RGZ. Bd. 145/373 a. E.

[167]) Weber, DJZ. 1935/659 ff.

[168]) DJZ. 1935/1016, 1017.

daher eine Enteignung nur auf Grund eines besonderen Aktes des Führers erfolgen kann.

Im Schrifttum war die Streitfrage entstanden, ob von Artikel 153 RV. nur die sogen. klassische Enteignung, d. h. die Entziehung des Eigentums an Grundstücken und von Rechten an Grundstücken, umfaßt wurde[169]) oder ob Art. 153 den „weiten" Enteignungsbegriff enthielt[170]), nach dem nicht nur die Entziehung von Grundstücken oder Grundstücksrechten, sondern bereits jede Schmälerung oder Aufhebung irgend eines Privatrechts durch einen Gesetzgebungsakt eine Enteignung ist. Fragt man, welchen Enteignungsbegriff der nationalsozialistische Staat übernommen hat, so läßt sich nachweisen, daß der nationalsozialistische Gesetzgeber sowohl in den Fällen der sogen. klassischen Enteignung[171]) dem betroffenen Volksgenossen eine angemessene Entschädigung gewährt, als auch in vielen Fällen eine Entschädigung festsetzt, die nur bei einer weiten Auslegung des Enteigungsbegriffes als Enteignung aufgefaßt werden können. Die Behauptung, daß der weite Enteignungsbegriff nicht abgelehnt wird, mag auch noch an dem folgenden Beispiel, das zugleich die Enteignungsfrage bei der Gewerbefreiheit behandelt, gezeigt werden.

Beispiel: Bisher war die Regelung des sogen. Gelegenheitsverkehrs, zu dem auch die Kraftdroschken gehören, nach § 37 RGO. den Ortspolizeibehörden anheimgestellt. Es stand den Ortspolizeibehörden frei, den Beginn eines Kraftdroschkengewerbes nach dem Grundsatz der Gewerbefreiheit § 1, I RGO. oder nur mit einer besonderen Erlaubnis auf Grund einer Polizeiverordnung zu dulden. Diese beiden Rechtslagen muß man unterscheiden, wenn man die Durchführung des Gesetzes über die Beförderung von Personen zu Lande vom 4. 12. 34 (RGBl. I/1217) in bezug auf das Kraftdroschkengewerbe verstehen will. Durch § 44 des Gesetzes und § 52 der 1. DVO. vom 26. 3. 35 wird bestimmt, daß die sogen. „Taxikonzessionen" am 30. 9. 35 ablaufen und am 1. 10. 35 eine Erlaubnis für alle Unternehmer erforderlich ist, gleichgültig, ob sie ihren Betrieb bisher auf Grund der Gewerbefreiheit oder mit einer ortspolizeilichen Erlaubnis betrieben haben. Da das Gesetz die Erteilung einer Erlaubnis von dem Bedürfnis abhängig macht (§ 5, I, 3 mit § 9,

---

169) So insbes. Fleiner, Institutionen S. 293, 303.
Hofacker, Grundrechte und Grundpflichten S. 44 ff.

170) Hauptsächlich vertreten von Anschütz, Komm. S. 709, 717.
Vgl. auch Bühler, Die Reichsverfassung 2. Aufl. S. 127.

171) Vgl. § 9 d. Ges. z. Änderung des Ges. üb. d. Errichtung eines Unternehmens „Reichsautobahnen". Ferner im Luftverkehrsrecht: Reichsgesetz vom 15. 12. 1933 (RGBl. I/1077) Reichsgesetz über die Landbeschaffung f. Zwecke der Wehrmacht v. 29. 3. 1935 (RGBl. I/467). Hierzu genauer Stölzel, Z. d. Akad. f. D. R. 1935/659 ff.

II Perf. Bef. Geſ.), mußte ein Teil der Unternehmer wegen Überſetzung aus dem Gewerbe ausſcheiden. Es muß hier unterſchieden werden:

a) Die Rechtslage, die für die Unternehmer entſteht, die auf Grund der allgemeinen Gewerbefreiheit ihren Betrieb führen konnten:

Ihnen wird erſtens durch die Notwendigkeit der Betriebserlaubnis das ſ. ö. R. Gewerbefreiheit entzogen. Ein Entſchädigungsanſpruch wegen Entziehung eines ſ. ö. R. iſt nicht begründet (vgl. oben). Erhält ein Unternehmer die Erlaubnis zum Betrieb ab 1. 10. 35 wegen Überſetzung des Gewerbes nicht, ſo wird zweitens damit gleichzeitig ſein Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb vernichtet. Er iſt am 1. 10. 1935 zwar noch Eigentümer der einzelnen Sachen, z. B. der Autos, Garagen, des ſonſtigen Zubehörs, aber er iſt nicht mehr Unternehmer. Der Gegenſtand „Unternehmen" löſt ſich in ſeine einzelnen Beſtandteile auf, die Chancen, die Kundſchaft fallen fort. Genau wie eine Sache durch mechaniſche Kraft aus ihrer Ganzheit in einzelne Teile zerlegt werden kann, wird „kraft" des Geſetzgebungsaktes das Unternehmen aus ſeiner Ganzheit in einzelne Teile zerlegt. Es findet eine Wertminderung ſtatt, weil eine Beziehung des Unternehmers zum geſamten Unternehmen nicht mehr vorhanden iſt, ſondern nur noch die Beziehung des bloßen Eigentümers zu den einzelnen Sachen, die für ſich kein Unternehmen darſtellen. Es fehlt ihnen die zuſammenfaſſende Zweckbeſtimmung. Das Ganze iſt aber mehr wert als die Teile. Inſofern wird durch das Geſetz unmittelbar in die tatſächliche und rechtliche Beziehung des Unternehmers zu ſeinem Unternehmen, die wir als Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb bezeichneten, eingegriffen. Es liegt eine Enteignung vor, weil das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb aufgehoben wird.

b) Die Rechtslage derjenigen Unternehmer, die von Anfang an das Unternehmen nur mit einer Erlaubnis betreiben durften.

Für ſie iſt durch die ortspolizeiliche Erlaubniserteilung die Rechtslage hergeſtellt, die beſtehen würde, wenn die die gewerbliche Freiheit einſchränkende Polizeiverordnung nicht vorhanden wäre und die darin geregelte Tätigkeit von vornherein frei von Beſchränkungen ausgeübt werden könnte. Sie haben durch die Erlaubniserteilung dieſelbe Rechtslage wie jeder andere freie Gewerbetreibende erhalten, mithin ein S. ö. R. (vgl. S. 43/44). Dieſes ſ. ö. R. wird den erlaubnispflichtigen Unternehmern ebenſo entzogen, wie den freien Gewerbetreibenden, weil die Erlaubnis am 30. 9. 35 abläuft und die Fortführung des Gewerbes von einer neuen Erlaubnis ab 1. 10. 35 abhängt. Wird die Erlaubnis wegen mangelnden Bedürfniſſes nicht mehr erteilt, ſo iſt die Rechtslage die gleiche wie für die freien Kraftdroſchkenunternehmer. Es wird auch das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb vernichtet.

Daß der Gesetzgeber selbst diesen Vorgang als eine Enteignung aufgefaßt hat, beweist die eingehende Regelung, die er auf Grund von § 39, III Pers. Bef. Ges. in der Verordnung zur Bekämpfung der Notlage des Kraftdroschkengewerbes vom 2. 8. 35 (RGBl. I/1062) getroffen hat. Der Gesetzgeber spricht in der ganzen Verordnung immer von einer „Entschädigung". „Entschädigen" kann man aber nur, wenn ein Schaden eingetreten ist, wenn also die jetzige Vermögenslage zur früheren einen Unterschied aufweist, der durch die Entschädigung ganz oder teilweise ausgeglichen werden soll. Der Gesetzgeber ist den Vorschlägen der Industrie- und Handelskammer (J. H. K.) Berlin gefolgt[172]) und hat die Entschädigung nach § 6 für freiwillig ausscheidende Unternehmer auf RM. 3000.— und nach § 10, 11 für die zwangsweise wegen mangelnden Bedürfnisses[173]) ausscheidenden Unternehmer auf RM. 1 500.— festgesetzt.

Von der Arbeitstagung der Reichsfachgruppe der Hochschullehrer des BNSDJ.[174]) und Maunz[175]) werden diese Fälle, in denen ein Volksgenosse „ausfällt", d. h. nicht in eine der neuen Gemeinschaften aufgenommen wird, und dabei seine bisherige Berufsstellung und Vermögensrechte verliert, gleichfalls als Enteignung aufgefaßt, für die eine Vergütung (sei es als Abfindung, als Schadloshaltung oder als billiger Ausgleich) zu gewähren ist. Die Ansicht der Arbeitstagung und von Maunz setzt also voraus, daß man nicht nur die Entziehung von Grundstücken sondern auch die Aufhebung sonstiger Vermögensrechte durch Reichsgesetz als Enteignung betrachtet. Damit wird sowohl vom Gesetzgeber, — wie an dem Beispiel des Kraftdroschkengewerbes gezeigt wurde, — als auch vom Schrifttum der weite Enteignungsbegriff anerkannt. Maunz[176]) bemerkt außerdem selbst, daß nicht alle im früheren Recht verwendeten und vorausgesetzten Begriffe, Normierungen und Ausweitungen des Enteignungsbegriffes schlechthin beseitigt zu werden brauchen. Man könne z. B. die Einbeziehung aller Vermögensrechte in den Enteignungsbegriff beibehalten. Es würde dann das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb als Vermögensrecht weiterhin der Enteignung unterliegen können.

Der Gesetzgeber gewährt aber nicht in jedem Falle einen Entschädigungsanspruch, der mit der Durchführung eines Gesetzes entstehen könnte. Nach § 10 des Gesetzes zum Schutz des Einzelhandels (E. H. Sch. Ges.) vom 12. 5. 1933 (RGBl. I/262) wird bestimmt, daß eine Entschädigung durch das Reich oder die Länder wegen eines Schadens, der

---

[172]) Wirtsch. Bl. d. J. H. K. Berlin 1935/1382.
[173]) Nicht im Falle mangelnder Zuverlässigkeit oder mangelnder Sicherheit und Leistungsfähigkeit des Betriebes (§ 10, II d. ob. Verordn.).
[174]) DJZ. 1935/814.
[175]) Maunz, DJZ. 1935/1015.
[176]) DJZ. 1935/1015.

durch die in den §§ 2, 3, 4 und 7 angeordnete Sperre oder durch eine Maßnahme auf Grund des § 7, II (Schließung von Handwerksbetrieben in Warenhäusern, Einheitspreisgeschäften etc.) entsteht, nicht stattfindet. Im Gesetz über das Versteigerergewerbe vom 16. 10. 34 (RGBl. I/974) heißt es im § 9, daß die Durchführung des Gesetzes keinen Anspruch auf Entschädigung begründet. Nach § 26 der 1. DVO. vom Reichskulturkammergesetz vom 1. 11. 33 (RGBl. I/797) entstehen ebenfalls „keine Entschädigungsansprüche wegen Enteignung".

Die angeführten Bestimmungen zeigen, daß der Gesetzgeber von sich aus bestimmt, ob bei einem Eingriff in die Gewerbefreiheit, der dem einzelnen Volksgenossen gleichzeitig die Fortführung seines Gewerbes unmöglich macht, eine Entschädigung gewährt wird[177]) oder nicht[178]). Die verschiedensten wirtschaftspolitischen Gründe können den Gesetzgeber veranlassen, die Entschädigungsfrage in dem einen oder anderen Sinne zu entscheiden. Da der Einzelne auch keinen allgemeinen Entschädigungsanspruch hat (vgl. oben S. 53), findet eine Entschädigung wegen Enteignung nur dann statt, wenn sie im Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist.

II. Die Grundlagen der Gewerbefreiheit im Besonderen.

Vorbemerkung.

Die Gesetze des nationalsozialistischen Staates auf gewerberechtlichem Gebiet geben der Gewerbefreiheit ein neues Aussehen. Der Freiheitskreis des Einzelnen, den er für seine gewerbliche Tätigkeit von der Gemeinschaft zugewiesen bekommt, ist, vom Standpunkt des Einzelnen betrachtet, nicht nur inhaltlich eingeschränkt worden, weil sein Träger sich nach dem Wohl der Gemeinschaft zu richten hat, sondern der

177) a) § 9 der 2. Anlage über den Zusammenschluß der Deutschen Milchwirtschaft, Pfundtner-Neubert Bd. 3 (b) No. 22 S. 8a (12).
b) § 7, II Ziff. 3 der Satzung der Wirt. Verein. d. Margarine- und Kunstspeisefettindustrie, Pfundtner-Neubert Bd. 3 (b) Nr. 22 S. 52.
c) § 9 der Satzung d. Hauptvereinigung der Deutschen Zuckerwirtschaft. Pfundtner-Neubert Bd. 3 (b) No. 22 S. 87.
d) § 5 Verordnung über d. Zusammenschluß d. Deutschen Gartenbauwirtschaft vom 27. 2. 1935 (RGBl. I/343).
e) § 4 d. Verordn. ü. d. Zusammenschl. d. Deutschen Fischindustrie vom 1. 4. 35 (RGBl. I/542).
f) § 5 d. Verordn. ü. d. Zusammenschl. d. Kartoffelwirtsch. vom 18. 4. 35 (RGBl. I/550).
g) § 6 d. Verordn. ü. d. Zusammenschl. d. Deutschen Brauwirtschaft vom 18. 4. 35 (RGBl. I/556).
h) § 4 d. Verordn. ü. d. Zusammenschl. d. Süßwarenwirtschaft vom 7. 6. 1935 (RGBl. I/742).

178) § 5 d. Ges. ü. d. Zusammenschl. v. Mühlen vom 15. 9. 1933 (RGBl. I/627).

Grundsatz: „Der Betrieb eines Gewerbes ist jedermann gestattet" hat auch eine weitere umfängliche Einschränkung erfahren. Diese Einschränkung bezieht sich erstens auf den Begriff „jedermann". Nicht mehr jedermann kann ohne weiteres jedes Gewerbe beginnen, weil der nationalsozialistische Gesetzgeber — zwar nicht in einer grundsätzlichen Bestimmung, aber in vielen Gesetzen — bereits für die Zulassung zum Gewerbebetrieb die Erfüllung persönlicher Voraussetzungen, wie z. B. Eignung und Zuverlässigkeit, verlangt. Zweitens ist der Betrieb eines Gewerbes in vielen Fällen von dem sachlichen Erfordernis des Bedürfnisnachweises abhängig gemacht worden. Heinemann[179]) bemerkt treffend, daß die Begriffe der Eignung und der Zuverlässigkeit dem Gewerberecht eine neue Prägung geben. Sie seien bezeichnend dafür, daß auch hier eine Wertung der Personen nach ihrer Funktion für die Gesamtheit durchbricht. Nicht anders ist die Äußerung von Danielcik[180]) zu verstehen, wenn er sagt, es sei notwendig, die Gewerbefreiheit in dem Sinne umzuformen, daß nur noch der fachlich Tüchtige und charakterlich Zuverlässige sein Gewerbe in einer im Rahmen des Ganzen bestehenden Freiheit ausüben kann.

Die fachliche Eignung ist die grundlegende Voraussetzung, die vorhanden sein muß, wenn jemand ein Gewerbe beginnen will. Hinzu kommen muß aber noch die charakterliche Zuverlässigkeit, welche die Gewähr bietet, daß der Gewerbetreibende seine fachlichen Fähigkeiten nicht zum Nachteil der Gemeinschaft und anderer Gewerbetreibende ausnutzt. Da die nationalsozialistische Gesetzgebung in den neuen Gesetzen gewerberechtlichen Inhalts persönliche und sachliche Voraussetzungen aufgestellt hat, die für die Gestaltung des Wirtschafts- und Gewerbelebens immer größere Bedeutung gewinnen, so sollen im folgenden diese persönlichen und sachlichen Voraussetzungen auch als Richtschnur für die Untersuchung der neuen Gesetze dienen.

§ 8.

Die Abhängigkeit der Zulassung von der Sachkunde.

(Persönliche Voraussetzung).

Der Begriff der Sachkunde ist der Gewerbeordnung nicht besonders unter dieser Bezeichnung bekannt; es wird aber z. B. in dem § 30, III RGO. ein Befähigungsnachweis für Hebammen oder in § 31, I RGO. ein solcher für die Seeschiffer und Lotsen verlangt. Ein Schauspielunternehmer mußte nach § 32, II RGO. in artistischer Hinsicht zuverlässig

[179]) Jur. W. 1935/1058.
[180]) Jur. W. 1935/1060.

sein. Man verstand darunter „Geschäftstüchtigkeit und intellektuelle Befähigung zu dem Theaterunternehmen"; der Unternehmer brauchte aber nicht persönlich ein guter Schauspieler oder überhaupt ein Schauspieler zu sein[181]).

Der Nachweis der Sachkunde, der Befähigung oder der fachlichen Eignung ist in den meisten neuen Gesetzen eingeführt. Die Gemeinschaft wird hierdurch vor Schäden bewahrt, die durch die Gewerbeausübung eines Sachunkundigen entstehen. Ein Gewerbetreibender gilt als sachkundig, wenn er die in seinem Gewerbebetrieb vorkommenden Arbeiten technisch einwandfrei ausführen und seinen Betrieb kaufmännisch leiten kann. Der Begriff der Sachkunde wird im Art. I der Verordnung zur Durchführung des Gesetzes zum Schutz des Einzelhandels vom 23. 7. 34 (RGBl. I/726) erwähnt. Es heißt dort, daß Ausnahmen von dem Verbot des Art. I § 2, I E. H. Sch. G. nur zugelassen werden sollen, wenn für den Unternehmer oder die für die Leitung des Unternehmens in Aussicht genommene Person die für den Betrieb der Verkaufsstelle erforderliche Sachkunde nachgewiesen wird. Zur Durchführung des Einzelhandelsschutzgesetzes hat die Reichswirtschaftskammer am 4. 12. 1934 die Vorsitzenden der Prüfungsstellen bei den Industrie- und Handelskammern angewiesen, wie die mündlichen Prüfungen zum Nachweis der Sachkunde (nach Art. I d. Verordn. vom 23. 7. 34) zu gestalten sind. Danach wird von dem Antragsteller, der eine Einzelhandelsverkaufsstelle errichten will, verlangt, daß er die grundlegenden Kenntnisse der Kalkulation besitzt, Buchhaltung beherrscht und allgemeine kaufmännische Kenntnisse hat. Ferner muß er über die wichtigsten Rechtsfragen (Mängelrüge, Verzug, Eigentumsvorbehalt, Mahnverfahren, Wechsel- und Scheckrecht), über Waren- und Verkaufskunde Bescheid wissen[182]). Von einer besonderen Eignungsprüfung zum Nachweis der Sachkunde kann jedoch abgesehen werden, wenn der Antragsteller eine abgeschlossene kaufmännische Lehre und eine anschließende mehrjährige Gehilfenzeit oder ohne abgeschlossene Lehrzeit wenigstens eine fünfjährige Gehilfenzeit nachweisen kann[183]). Wenn also eine Ausnahme von der Sperre des Einzelhandelsschutzgesetzes bewilligt wird, wird die Errichtung nicht mehr jedem, sondern nur noch dem sachkundigen Antragsteller gestattet.

Durch die 3. Verordnung über den vorläufigen Aufbau des deutschen Handwerks vom 18. 1. 1935 (RGBl. I/15) wird in § 1 bestimmt, daß der selbständige Betrieb eines Handwerks als stehendes Gewerbe nur den in die Handwerksrolle eingetragenen natürlichen und juristischen Personen gestattet ist. Nach § 3 der VO. wird in die Rolle nur

[181]) Landmann, Bd. 1. S. 371; Drews, Bd. 2. S. 114.
[182]) Wirtsch. Bl. IHK. Berlin 1935/302.
[183]) Wirtsch. Bl. IHK. Berlin 1935/1491.

eingetragen, wer die Meisterprüfung für das von ihm betriebene oder für ein diesem verwandtes Handwerk bestanden hat oder die Befugnis zur Anleitung von Lehrlingen nach den §§ 129, 129 a RGO. in einem dieser Handwerke besitzt. Der Meisterprüfung stehen die gemäß § 133, X RGO. anerkannten Prüfungen gleich. Ausnahmen kann die Verwaltungsbehörde von dieser Regelung nach § 3, II für Personen zulassen, die in einem Betriebe der Industrie eine Ausbildung als Facharbeiter erhalten haben und fünf Jahre als solche tätig gewesen sind. Juristische Personen dürfen nach § 5 nur in die Handwerksrolle eingetragen werden, wenn der Betriebsleiter oder bei Nebenbetrieben der Leiter des Nebenbetriebes den Anforderungen des § 3 genügt. Diese eingehende Regelung der 3. Verordnung gestattet nur noch fachlich vorgebildeten Handwerkern den Betrieb eines Gewerbes. Entweder muß die fachliche Vorbildung durch eine Lehrzeit mit anschließender Gesellenzeit und dem Abschluß der Meisterprüfung erworben sein oder es wird die fachliche Vorbildung in den anderen Fällen (§ 133, X RGO., § 3, II d. VO. v. 18. 1. 35.) für gleichwertig erachtet. § 1, I RGO. ist insoweit außer Kraft gesetzt, als nicht mehr „jedermann", sondern nur der in die Handwerksrolle Eingetragene zu einem Gewerbebetrieb zugelassen wird. Der Beginn eines handwerklichen Betriebes hängt damit von dem Nachweis der Befähigung ab.

Derjenige, der ein Versteigerergewerbe betreiben will, muß nach § 11 Ziff. 2 Verst. Vorschr. die zur Ausübung des Versteigerergewerbes notwendigen sachlichen Erfahrungen haben. § 35, III RGO. gilt für Versteigerer nicht mehr.

Nach § 11 Ziff. 4 der Verordnung über das Schornsteinfegerwesen vom 15. 4. 1935 (RGBl. I/515) ist die Eintragung in die Bewerberliste für das Amt eines Bezirksschornsteinfegermeisters von dem Bestehen der Meisterprüfung im Schornsteinfegerhandwerk abhängig.

Wer gewerbsmäßig Personen zu Luftfahrern ausbilden will, bedarf nach § 6 des Luftverkehrsgesetzes vom 15. 12. 33 (RGBl. I/1077) der Genehmigung. Die Genehmigung wird nur erteilt, wenn der Bewerber seine Befähigung durch eine Prüfung nachgewiesen hat.

In der zweiten Bekanntmachung des Werberates der deutschen Wirtschaft (Reichsanzeiger vom 1. 11. 33 Nr. 256) heißt es, daß Einzelgenehmigungen und Zulassungen zur Wirtschaftswerbung nur solchen Personen erteilt werden, die den Nachweis ihrer fachlichen Befähigung führen.

Nach § 4 des Reichsgesetzes über das Kreditwesen vom 5. 12. 34 RGBl. I/1203) darf die Erlaubnis nur versagt werden, wenn die Geschäftsleiter des Kreditinstituts oder die Leiter von Zweigstellen fachlich nicht genügend vorgebildet sind. Müller[184]) sieht als fachliche Vorbildung

[184]) Das Reichsgesetz ü. d. Kreditwesen S. 26.

nicht nur eine solche in Kreditinstituten an, sondern auch eine abgeschlossene juristische Ausbildung oder eine kaufmännische Tätigkeit kann je nach der Stellung des Geschäftsleiters und der Art des Unternehmens hierfür in Frage kommen. Die Mannigfaltigkeit des deutschen Kreditapparates gestatte keine gesetzliche Festlegung, mit der eine unerwünschte Starrheit verbunden wäre.

Durch die 1. VO. vom 1. 11. 33 (RGBl. I/797) zur Durchführung des Reichskulturkammergesetzes müssen nach § 4 Pflichtmitglied einer Einzelkammer auch wirtschaftliche Unternehmungen sein, die bei der Erzeugung, der Wiedergabe, der Verbreitung oder Erhaltung, der geistigen oder technischen Verarbeitung, dem Absatz oder der Vermittlung des Absatzes von Kulturgut mitwirken. Zu diesen Unternehmungen nach § 4 rechnen z. B. Verlagsunternehmungen als Stätten der technischen Wiedergabe, sowie der Kunst- und Buchhandel als Unternehmungen zum Vertrieb von Kulturgut[185]). Nach § 4, II ist Verbreitung auch die Erzeugung und der Absatz technischer Verbreitungsmittel, so daß die Unternehmungen, die Rundfunkgeräte und Schallplatten herstellen oder vertreiben, Mitglieder der zuständigen Einzelkammer sein müssen[185]). Nach § 10 kann die Aufnahme abgelehnt werden, wenn der Nachsuchende die erforderliche Eignung, d. i. die fachliche Befähigung, nicht besitzt. § 25 d. 1. DVO. ermächtigt die Reichskulturkammer und die Einzelkammern, Bedingungen für den Betrieb, die Eröffnung und die Schließung von Unternehmungen auf dem Gebiet ihrer Zuständigkeit festzusetzen. Da nach § 32 d. 1. DVO. der Grundsatz der Gewerbefreiheit (§ 1, I RGO.) keine Anwendung findet, soweit er mit einer gemäß § 25 erlassenen Verordnung in Widerspruch steht, kann die Reichskulturkammer oder eine Einzelkammer die Gewerbefreiheit völlig aufheben. Es kann z. B. auch für alle wirtschaftlichen Unternehmungen, die unter § 4 d. 1. DVO. fallen, die Erlaubnispflicht oder ein Befähigungsnachweis (§ 10 d. 1. DVO.) für die Zulassung zum Gewerbebetrieb eingeführt werden. Auf dem Gebiet des Buchhandels ist auf Grund des § 25 d. 1. DVO. eine Anordnung des Präsidenten der Reichsschrifttumskammer ergangen, nach der jeder, der sich als Buchhändler betätigen will, verpflichtet ist, eine Lehrlingsprüfung abzulegen und die Reichsschule des deutschen Buchhandels in Leipzig für einen Monat zu besuchen. Die Lehrlingsprüfung und der Besuch der Reichsschule sind Voraussetzungen für die Aufnahme in die Reichskulturkammer gemäß §§ 4,10 d. 1. DVO. Ohne diese Ausbildung ist eine buchhändlerische Tätigkeit unzulässig. Auch jeder Angestellte, der sich in einem Zweige des buchhändlerischen Gewerbes selbständig machen will, muß die Reichsschule besuchen[186]).

---

185) Pfundtner-Neubert § 4 Anm. 1.
186) Wirtsch. Bl. IHK. Berlin 1935/1432 ff.

Das Filmkammergesetz besitzt bereits im § 7 der Durchführungsverordnung vom 22. 7. 33 eine ähnliche Bestimmung wie die Durchführungsverordnung zum Reichskulturkammergesetz vom 1. 11. 33 im § 25. Die Reichsfilmkammer ist ermächtigt, Bedingungen für den Betrieb, die Eröffnung und die Schließung von Unternehmungen des Filmgewerbes festzusetzen. Da nach § 3, S. 2 der VO. auch die Rohfilmhersteller[187]) und Filmkopieranstalten Mitglieder der Filmkammer sein müssen, unterliegt die Eröffnung solcher Betriebe nach § 7 DVO. den Bedingungen der Reichsfilmkammer. Insoweit ist auch für diese Betriebe die Gewerbefreiheit aufgehoben.

Schauspielunternehmer bedurften nach § 32 RGO. schon immer der Erlaubnis. Die Erlaubniserteilung hing nach § 32, II RGO. auch von der Zuverlässigkeit in artistischer Hinsicht ab. Wenn § 9 des Theatergesetzes § 32 RGO. aufhebt und nach § 3, II des Theat. Ges. der Begriff der Eignung eingeführt wird, so wird der Grundsatz der Gewerbefreiheit nicht mehr davon berührt, weil das Theatergesetz den Betrieb der Schauspielunternehmer aus der Gewerbeordnung herausnimmt und die Veranstaltung von Theateraufführungen als Kulturaufgabe betrachtet[188]).

Durch das Erfordernis der sachlichen Befähigung und Eignung werden untaugliche Personen aus dem Gewerbeleben fern gehalten. Es kann durch diese Auslese das Leistungsprinzip im Gewerbeleben immer mehr zur Entfaltung kommen, weil nur der fachlich Vorgebildete zugelassen wird[189]).

§ 9.

Die Abhängigkeit der Zulassung von der Zuverlässigkeit. (Persönliche Voraussetzung).

Wenn in den neuen Gesetzen neben der Sachkunde die Zuverlässigkeit des Gewerbetreibenden als Voraussetzung für die Zulassung zum Gewerbebetrieb gefordert wird, so ist damit die persönliche, charakterliche Zuverlässigkeit gemeint. Allgemein spricht zunächst eine Vermutung dafür, daß derjenige, der ein Gewerbe beginnen will, zuverlässig ist. Es ist Aufgabe der Genehmigungsbehörde, die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden nachzuweisen[190]). Es müssen Tatsachen, Handlungen oder Unterlassungen vorliegen, infolge derer die Annahme gerechtfertigt ist,

---

[187]) Vgl. Pfundtner-Neubert § 3 Anm. 1.
[188]) Vgl. Aßmann, Das neue öff. Theat. R. Deutschl. Nat. soz. Hdb. S. 546. ders.. Kommentar z. Theatergesetz. S. 39.
[189]) Ebenso Danielcik, Jur. W. 1935/328 No. 7.
[190]) Pfundtner-Neubert, Verordn. z. Durchf. d. E. H. Sch. G: v. 23. 7. 34 Art. I Anm. 3.

daß der Gewerbetreibende später beim Betrieb seines Gewerbes eine Gefahr für die Gemeinschaft bildet[191]). Wann insbesondere Tatsachen vorliegen, durch die auf mangelnde Zuverlässigkeit des Gewerbetreibenden geschlossen werden kann, ist in den einzelnen Gesetzen verschieden festgelegt. Immerhin gibt es Voraussetzungen, die, ohne daß sie in den einzelnen Gesetzen besonders erwähnt sind, den Mangel der charakterlichen Zuverlässigkeit erkennen lassen; hierzu gehören:

1. Begangene Verbrechen und Vergehen, Vermögensdelikte wie Betrug, Urkundenfälschung, Unterschlagung, Diebstahl, betrügerischer Bankerott, Wucher.

2. Geisteskrankheit, Geistesschwäche, Verschwendung, Trunksucht. Bei demjenigen, der wegen Geisteskrankheit, Geistesschwäche usw. entmündigt ist, ist festgestellt, daß seine geistigen Kräfte so unvollkommen entwickelt sind, daß ihm die Fähigkeit zur selbständigen Besorgung seiner Angelegenheiten fehlt. Eine zuverlässige Geschäftsführung ist durch ihn nicht gewährleistet[192]).

3. Mangelnde politische Zuverlässigkeit, die befürchten läßt, daß das Gewerbe zu staatsfeindlichen Zwecken mißbraucht wird.

4. Tatsachen, die im engeren Angehörigenkreis vorliegen, auf Grund deren zu besorgen ist, daß der Gewerbetreibende von ihnen beeinflußt wird und deshalb seinen Gewerbebetrieb nicht zuverlässig führen wird.

5. Mangelnde rassische Voraussetzungen in verschiedenen Fällen.

Ob der einzelne Gewerbetreibende, die zum Betrieb seines Gewerbes erforderliche Zuverlässigkeit besitzt, hängt von der Würdigung der Umstände des einzelnen Falles ab. Der Gesetzgeber kann aber von sich aus bestimmen, wann ein Gewerbetreibender als unzuverlässig zu gelten hat:

Nach § 10, III der Verordnung zur Durchführung des § 33 d RGO vom 22. 5. 1935 (RGBl I/683) besitzt der Aufsteller von Spielautomaten und Spieleinrichtungen die erforderliche Zuverlässigkeit nicht, wenn er in den letzten fünf Jahren vor Stellung des Antrags wegen verbotenen Glücksspieles, Diebstahles, Unterschlagung, Betruges oder einer sonstigen aus Eigennutz begangenen strafbaren Handlung oder auf Grund des § 146 Ziff. 5 RGO rechtskräftig verurteilt worden ist. Liegen die hier aufgezählten Verurteilungen länger als fünf Jahre zurück, so muß die Ortspolizeibehörde die Genehmigung erteilen, wenn der Aufsteller sich seitdem nichts mehr zuschulden kommen ließ und damit zu erkennen gab, daß sich seine Zuverlässigkeit gebessert hat und künftig keine Verstöße gegen das Wohl der Gemeinschaft zu befürchten sind[193]).

---

[191]) Le Viseur, Wirtsch. Bl. IHK Berlin 1935/1223 ff.
Desgl. Drews, Pol. R. Bd. 2 S. 110.
[192]) OVG, Jur W. 1934/3166.
[193]) Le Viseur, a. a. O., 1223 ff.

Der Wandergewerbeschein ist nach § 57 Ziff. 2 a der Verordnung vom 3. 7. 34 (RGBl I/566) zu versagen, wenn der Nachsuchende wegen Hochverrats oder Landesverrats verurteilt ist oder Tatsachen vorliegen, welche die Annahme rechtfertigen, daß der Nachsuchende sein Gewerbe zu staatsfeindlichen Zwecken mißbrauchen wird[194]).

Nach Art. I der Verordnung zur Durchführung des Gesetzes zum Schutz des Einzelhandels vom 23. 7. 34 darf eine Ausnahme von dem Verbot der Errichtung einer Einzelhandelsverkaufsstelle nur erfolgen, wenn bei dem Unternehmer oder seinem Leiter keine Tatsachen vorliegen, aus denen der Mangel der persönlichen Zuverlässigkeit sich ergibt.

Das Gesetz über das Versteigerergewerbe vom 16. 10. 1934 (RGBl I/974) fordert im § 1,II Ziff. 2 von dem Antragsteller die für das Versteigerergewerbe erforderliche Zuverlässigkeit. Ob der Nachsuchende diese Zuverlässigkeit besitzt, entscheidet sich nach den umfangreichen Bestimmungen im § 11 Verst.Vorschr., die eine scharfe Auslese der Antragsteller ermöglichen. Die Versteigerer-Vorschriften stellen Mindestanforderungen, die der Nachsuchende unbedingt erfüllen muß[195]).

§ 11 der Verordnung über das Schornsteinfegerwesen vom 15. 4. 35 verlangt von dem Bewerber, daß er die für einen Bezirksschornsteinfegermeister erforderliche Zuverlässigkeit besitzt und einen nüchternen, ordentlichen Lebenswandel führt. Diese Zuverlässigkeit besitzt nicht mehr, wer insbesondere wegen einer ehrenrührigen Handlung zu einer Freiheitsstrafe verurteilt ist. Als solche Verurteilung gelten die Verurteilung wegen eines Verbrechens oder eines aus Gewinnsucht begangenen oder gegen das Eigentum gerichteten Vergehens oder wegen eines Vergehens wider die Sittlichkeit. Da die Bezirksschornsteinfegermeister Hilfspersonen der Polizei sind und sie die Durchführung der feuerpolizeilichen Anordnungen zu überwachen haben, müssen sie ständig fremde Gebäude und Wohnungen betreten; es müssen daher an ihre Zuverlässigkeit besonders hohe Anforderungen gestellt werden[196]).

Wer gewerbsmäßig Personen mit Straßenbahnen, Kraftomnibussen und Landfahrzeugen befördern will, bedarf nach § 2 des Gesetzes über die Beförderung von Personen zu Lande der Genehmigung. Die Genehmigung darf nur erteilt werden, wenn der Antragsteller zuverlässig ist (§ 9 d. Ges.). Persönlich unzuverlässig sind nach Hein[197]) Antragsteller, die sich in ihrer Lebensführung zu der nationalsozialistischen Weltan-

---

[194]) Vgl. Rderl. d. R. W. Min. u. Pr. Min. f. W. u. A. vom 14. 9. 1934 i. Verw. 1934/1187).
[195]) Günther, Jur. W. 1935/169.
[196]) Mölle in Pfundtner-Neubert § 11 Anm. 2.
[197]) Kommentar S. 65 Anm. 2.

schauung in Gegensatz stellen, entehrende Freiheitsstrafen erlitten haben, mit der Zahlung ihrer Steuern, Sozialversicherungsbeiträge schuldhaft längere Zeit in Rückstand sind oder denen früher erteilte Genehmigungen wieder entzogen sind. Ebenso wird die Zuverlässigkeit nach § 7 des Gesetzes über den Güterfernverkehr mit Kraftfahrzeugen zu bewerten sein.

Derjenige, der Wirtschaftswerbung treiben will, muß auf Grund der 2. Bekanntmachung des Werberates der deutschen Wirtschaft (1. 11. 33 Reichsanz. Nr. 256) den Nachweis der Zuverlässigkeit erbringen. Der Nachweis kann als nicht erbracht angesehen werden, wenn der Antragsteller bereits früher in grober Weise gegen die Standesehre verstoßen hat oder wegen ehrenrühriger Handlungen rechtskräftig verurteilt ist.

Im § 4 des Reichsgesetzes über das Kreditwesen müssen die Geschäftsleiter des Kreditinstituts oder die Leiter der Zweigstellen ehrbar sein. Ehrbar bedeutet in diesem Zusammenhang zuverlässig.

Das Reichskulturkammergesetz faßt den Begriff „Kulturgut" (§ 4 d. 1. DO.) sehr weit, so daß auch gewerbliche Unternehmungen Pflichtmitglieder ihrer zuständigen Einzelkammer sein müssen. Da die Aufnahme in die Einzelkammer (§ 10 1. DVO.) von der Zuverlässigkeit in kultureller Hinsicht abhängt, ist Nichtariern die Mitgliedschaft regelmäßig versagt. Von dieser Mitgliedschaft hängt aber die Zulassung und Ausübung eines Gewerbebetriebes ab, der sich mit der Erzeugung oder dem Absatz von Kulturgut (§ 4) befaßt. Darum ist Nichtariern das Gebiet dieser gewerblichen Tätigkeit verschlossen.

Obwohl das Versteigerergesetz und die Versteigerervorschriften keine Bestimmungen darüber enthalten, daß die Ausübung des Versteigerergewerbes Nichtariern verschlossen sei, wird von Gerlach[198]) gerade für dieses Gewerbe die Ansicht vertreten, daß Nichtarier die Erlaubnis nicht erhalten können, weil sie infolge ihrer Rassenzugehörigkeit niemals die notwendige Zuverlässigkeit im Sinne der §§ 1, 5 Verst. Ges. und 11 Verst. Vorschr. besitzen können. Zuverlässig sein heißt nach Gerlach, ganz besonders das überlassene Wirtschafts- und Rechtsgebiet zum Nutzen des Volksganzen und nach rassengesetzlichem Rechtsempfinden zu verwalten und untadelige Arbeit zu leisten.

Das Versteigerergewerbe ist in hohem Maße an der Versteigerung von Kulturgut (§ 4, II Verst. Vorschr.) beteiligt. Für diejenigen Versteigerer, die eine Erlaubnis nach § 4, II erhalten wollen, ist die Mitgliedschaft in der Reichskulturkammer (Reichskammer d. bildenden Künste) erforderlich. (§ 70 Verst. Vor.) Da nach den Grundsätzen der Reichskulturkammer die Mitgliedschaft Nichtariern wegen Unzuverlässig-

198) Jur. W. 1935/2549.

keit nicht gewährt wird, so muß ihnen die Erlaubnis zur Ausübung des Versteigerergewerbes versagt werden (§ 71, II Verst. Vorschr.). Da Versteigerergesetz und Reichskulturkammergesetz oft in einander greifen, empfiehlt es sich, — abgesehen von den Ausführungen Gerlachs —, die Zulassung bei beiden Rechtsgebieten einheitlich zu handhaben.

Steuerberater können nach § 35, III RGO. ihr Gewerbe frei beginnen. Durch das Gesetz über die Zulassung von Steuerberatern vom 6. 5. 1933 (RGBl. I/257) wird nichtarischen Steuerberatern durch Art. I Abs. 1 und Abs. 2, S. 2 die Möglichkeit genommen, als Bevollmächtigte oder Beistände in Steuersachen vor dem Landesfinanzamt aufzutreten. Diese Beschränkung bezieht sich jedoch nur auf die Ausübung.

Ausdrückliche gesetzliche Einschränkungen der Gewerbefreiheit für Nichtarier sind bisher nicht ergangen. Es wird aber, wie Reichsminister Dr. Frick in seiner Rede in Saarbrücken (Mitte Oktober 1935) ankündigte, die wirtschaftliche und gewerbliche Betätigung der Juden im Zusammenhang mit der Durchführung der Nürnberger Gesetze vom 15. 9. 1935 geregelt werden.

Die angeführten Gesetze zeigen, welchen großen Wert der Gesetzgeber auf die persönliche Zuverlässigkeit des Gewerbetreibenden legt. Er erkennt, daß sachliche Befähigung nicht ohne weiteres auch charakterliche Zuverlässigkeit bedeutet. Beide persönlichen Voraussetzungen sind notwendig, wenn ein Gewerbetreibender seinen Betrieb zum Wohle der Gemeinschaft führen will.

§ 10.

Die Abhängigkeit der Zulassung von dem Bedürfnis. (Sachliche Voraussetzung).

Sind Sachkundige und Zuverlässigkeit des Gewerbetreibenden die primären Erfordernisse, die der Gewerbetreibende für seine Person zu erfüllen hat, so kommt durch die sachliche Voraussetzung des Bedürfnisses für die Zulassung zum Gewerbebetrieb noch deutlicher die Rücksicht auf die Belange der Gemeinschaft zum Ausdruck. Als fundamentaler Satz gilt, daß niemals das Bedürfnis des Einzelnen, sondern nur das Bedürfnis, vom Standpunkt der Gemeinschaft betrachtet, maßgebend ist[199]). Die Prüfung des Bedürfnisses ist zwar in gewissem Sinne Ermessensfrage, aber doch nur beschränkt; denn seine Feststellung ist an bestimmte, auf dem Gebiete des Gaststättenwesens sogar in einer Rechtsverordnung vom 21. 6. 1930 (RGBl. I/191) geregelte, Voraussetzungen geknüpft und insoweit der verwaltungsrichterlichen Nachprüfung unterworfen, was in § 18, II

[199]) So Drews, Pol. R. Bd. 2 S. 110.

des Gaststättengesetzes ausdrücklich bestätigt wird[200]). Daß die Prüfung des Bedürfnisses bei der Erlaubniserteilung für eine Gaststätte nach strengsten Grundsätzen und sorgfältigst vorzunehmen und eine Erlaubnis nur im Ausnahmefall zu gewähren ist, kommt in einem Runderlaß des Ministers des Innern vom 9. 3. 1933 (II E 1969)[201]) zum Ausdruck. Selbst wenn die Behörde nach den strengsten Grundsätzen die Bedürfnisfrage zu prüfen hat, können für ihren Entscheid immer nur „sachliche" Gesichtspunkte ausschlaggebend sein.

Wenn W. Jellinek[202]) für das Gebiet der Gewerbeordnung die persönliche Überzeugung der Behörde über die Bejahung oder Verneinung des Bedürfnisses entscheiden läßt, so kann nach unserer Auffassung darin auch nur der Gedanke liegen, daß die Behörde die tatsächlichen Voraussetzungen der Bedürfnisfrage zu prüfen und hiernach ihren Entscheid zu treffen hat. „Persönliche Überzeugung" bedeutet im Kern, daß die Behörde „über Zeugen", — das können tatsächliche Verhältnisse oder Personen sein, die außerhalb ihrer subjektiven Urteilssphäre liegen — zu einer sachlichen Beurteilung gelangt. Insoweit liegt die Prüfung des Bedürfnisses nicht im unbeschränkten Ermessen der Behörde.

Sehen wir nun, wie der nationalsozialistische Staat die Frage des Bedürfnisses in den verschiedenen Gesetzen geregelt hat:
Durch Artikel II des Einzelhandelsschutzgesetzes vom 12. 5. 33 wird § 42 b RGO. dahin abgeändert, daß die Zulassung zum Straßenhandel von der Bedürfnisprüfung abhängt, weil der Straßenhandel gerade in Großstädten den Einzelhandelsgeschäften große Konkurrenz machte[203]). Die Verordnung zur Durchführung des Einzelhandelsschutzgesetzes vom 23. 7. 34 prägt den neuen Begriff der außergewöhnlichen Übersetzung. Eine Ausnahme von der Errichtungssperre für Einzelhandelsverkaufsstellen soll nur dann zugelassen werden, wenn durch die Errichtung einer Verkaufsstelle in der in Aussicht genommenen Gegend eine außergewöhnliche Übersetzung nicht zu befürchten ist. Eine außergewöhnliche Übersetzung würde beispielsweise vorliegen, wenn 12 Geschäfte eines Handelszweiges in einem Stadtviertel voll und ganz den Bedarf der Bevölkerung zu decken vermögen und durch die Errichtung eines 13. Geschäftes eines der alt eingesessenen Geschäfte zu Grunde ginge. Über

---

200) ders., Pol. R. Bd. 2 S. 110; Bd. 1 S. 70 a. E.
201) MBl. f. d. Pr. i. Verw. 1933/259.
ferner Rd. Erl. d. Pr. Min. d. I. (MBl. f. d. Pr. i. Verw. 1934/1447).
Vgl. hierzu Kerstiens R. Verw. Bl. 1933/401 ff.
Für die Frage der Bedürfnisprüfung ist lehrreich die Rekursentscheidung d. Thür. Min. d. I. in Jur. W. 1933/2184, in der das Bedürfnis für die Errichtung einer Gaststätte bejaht wird, weil die Nationalsozialisten ein Verkehrslokal haben müßten, dessen Inhaber das Vertrauen der Geraer Nationalsozialisten besitze.
202) Verw. R. S. 33. a. E.
203) Vgl. Erdsiek, DJZ. 1935/152.

die Schwierigkeit der Feststellung, wann eine außergewöhnliche Übersetzung vorliegt, hat Duda[204]) sich ausführlich geäußert. Er führt zunächst die Richtlinien des Reichswirtschaftsministers an, nach denen die Genehmigungsbehörden angewiesen sind, von dem Versagungsgrund wegen außergewöhnlicher Übersetzung nur in seltenen Ausnahmefällen und zwar nur dann Gebrauch zu machen, wenn die Zulassung der neuen Verkaufsstelle zu einer Notlage des ganzen Handelszweiges in der betreffenden Gegend führen würde. Duda teilt auf Grund seiner praktischen Erfahrungen bei der Industrie- und Handelskammer, Berlin, mit, daß es sehr schwierig sei, eine außergewöhnliche Übersetzung praktisch festzustellen, zumal die Richtlinien des Reichswirtschaftsministers eine Berücksichtigung der inneren Vorgänge der Konkurrenzgeschäfte durch Einsichtnahme der Bücher als unerwünscht bezeichnen. Im übrigen stehe der Erfolg der meist mühsamen und langwierigen Ermittlungen zur Frage der außergewöhnlichen Übersetzung in keinem Verhältnis mehr zu den sich aus der langen Dauer des Genehmigungsverfahrens ergebenden Nachteilen. Duda tritt für eine Abschaffung des Art. II oder zum mindesten für eine Milderung ein, so daß von der Verordnung zur Durchführung des E. H. Sch. G. nur die Prüfung der Sachkunde und der persönlichen Zuverlässigkeit verbleibt.

Weiter ist die Verordnung zur Durchführung des § 33 d RGO. vom 22. 5. 35 (RGBl. I/683) zu erwähnen, in der im § 10, IV die Ortspolizeibehörde bei der Prüfung des Bedürfnisses an ganz bestimmte Voraussetzungen gebunden ist. Sie hat die besonderen Umstände des Verkehrs am Aufstellungsort, die soziale Schichtung der ansässigen Bevölkerung, sowie die Zahl, die Art, die öffentliche Lage und die Entfernungen der bereits aufgestellten Spiele und Spieleinrichtungen zu berücksichtigen. Die Lage des Aufstellungsortes kann z. B. wegen der Nachbarschaft von Schulen, Arbeitsämtern, Krankenhäusern und anderen öffentlichen Fürsorgeeinrichtungen ungeeignet sein[205]).

Durch die Verordnung über Speiseeiswirtschaften vom 16. 7. 1934 (RGBl. I/709) ist für die Errichtung einer Eisdiele eine Erlaubnis erforderlich (§ 1). Die Erlaubnis ist von der Bedürfnisprüfung abhängig, da durch § 2 die Anwendung des § 1, II u. III des Gaststättengesetzes ausgesprochen wird.

Die Versteigerervorschriften bringen besonders strenge Voraussetzungen für die Bedürfnisprüfung (§ 10 Verst. Vorschr.). Wird im Verwaltungsstreitverfahren entschieden, so wird auch gerichtlich nachgeprüft, ob ein Bedürfnis für die Erteilung der Erlaubnis vorliegt. Die Ähnlichkeit mit der Regelung im Gaststättengesetz fällt ohne weiteres auf.

---

[204]) Wirtsch. Bl. IHK. Berlin 1935/897.
[205]) Michel, Pfundtner-Neubert zu § 10, IV Anm. 6.

Eine Bedürfnisprüfung ist nach § 9, II und § 11, II Ziff. 2 DVO. des Reichsgesetzes über die Beförderung von Personen zu Lande nötig, wobei Interessen der Landesverteidigung und eine große Zahl verkehrspolitischer Gesichtspunkte zu berücksichtigen sind[206]). Sehr umfassend ist auch die Bedürfnisprüfung nach § 7 Ziff. 2 des Gesetzes über den Güterfernverkehr mit Kraftfahrzeugen vom 26. 6. 1935 (RGBl. I/788); hiernach ist die Genehmigung zu versagen, wenn kein volkswirtschaftliches Bedürfnis vorliegt. Die Tragweite des Begriffs „volkswirtschaftliches Bedürfnis" erhellt aus der Tatsache, daß die Genehmigung für das ganze Reichsgebiet gilt und daher die Erlaubniserteilung sich nach der Lage der gesamten Volkswirtschaft zu richten hat.

Örtliche und gesamtwirtschaftliche Bedürfnisse spielen bei der Erlaubnis zur Errichtung eines Kreditinstituts eine Rolle (§ 4, I lit. c d. Reichsg. ü. d. Kreditwesen).

Die Tragweite des § 25 d. 1. DVO. zum Reichskulturkammergesetz geht aus der Tatsache hervor, daß die Reichskulturkammer und die Einzelkammern ermächtigt sind, Bedingungen für den Betrieb, die Eröffnung und Schließung von Unternehmungen auf dem Gebiet ihrer Zuständigkeit zu erlassen, so daß z. B. der Bedürfnisnachweis für die Errichtung solcher Unternehmungen gefordert werden kann. Die gleiche Möglichkeit wird auch durch § 7 d. DVO. vom 22. 7. 1933 (RGBl. I/531) zum Filmkammergesetz eröffnet. Zahlreiche neue Gesetze sind zur Sicherung und Hebung der Inlandsversorgung mit lebenswichtigen Erzeugnissen ergangen. Sie bringen auf vielen Gebieten Zusammenschlüsse; gleichzeitig ist hierbei die Genehmigung für die Neuerrichtung von Betrieben eingeführt, damit das Bedürfnis der Volksgemeinschaft berücksichtigt werden kann. Im folgenden werden die Gesetze aufgezählt und mit ihren Paragraphen genannt, die eine Betriebserlaubnis enthalten:

1. Gesetz über den Zusammenschluß von Mühlen vom 15. 9. 1933 (RGBl. I/627) und Bekanntmachung vom 10. 7. 1935 (RGBl. I/915); § 8, III Ziff. 2.
2. Die Verordnung über den Zusammenschluß der deutschen Milchwirtschaft vom 27. 3. 34 (RGBl. I/259); § 22.
3. Die Verordnung über den Zusammenschluß in der Fettwirtschaft vom 23. 7. 34 (RGBl. I/720); § 6.
4. Die Verordnung über den Zusammenschluß der Mischfuttermittelhersteller vom 21. 8. 34 (RGBl. I/795). Nach § 5, I Erteilung der Genehmigung nur, wenn aus wirtschaftlichen Gründen geboten.
5. Die Verordnung über den Zusammenschluß in der Zuckerwirtschaft vom 10. 11. 34 (RGBl. I/1173); § 9.

---

[206]) Vgl. hierzu ausführlich Hein S. 67, 69, 70 Pers. Bef. Ges.

6. Die Verordnung über den Zusammenschluß in der Gartenbauwirtschaft vom 27. 2. 35 (RGBl. I/343); § 9.
7. Die Verordnung über den Zusammenschluß in der Fischindustrie vom 1. 4. 1935 (RGBl. I/542); § 8.
8. Die Verordnung über den Zusammenschluß in der Kartoffelwirtschaft vom 18. 4. 1935 (RGBl. I/550); § 8.
9. Die Verordnung über den Zusammenschluß in der Brauwirtschaft vom 18. 4. 1935 (RGBl. I/556); § 9 enthält folgende Bestimmung: „Im Falle eines wirtschaftlichen Bedürfnisses muß die Genehmigung erteilt werden; sie soll erteilt werden, wenn eine Gefährdung bestehender Betriebe nicht zu befürchten ist".
10. Die Verordnung über den Zusammenschluß in der Süßwarenwirtschaft vom 7. 6. 1935 (RGBl. I/742); § 6.

Die Darstellung der Gesetze zeigt uns, mit welcher Energie der nationalsozialistische Staat die Wirtschaft in Ordnung zu bringen versucht, um den größtmöglichen Nutzen für die Volksgemeinschaft zu erzielen. Dies ist nur zu erreichen, wenn er für viele Gewerbe die Genehmigung von dem Vorliegen eines Bedürfnisses abhängig macht.

Schlußbemerkung.

Die Arbeit hatte sich zur Aufgabe gestellt, die Gewerbefreiheit im nationalsozialistischen Staat zu untersuchen. Die grundlegende Wandlung des Verhältnisses zwischen Staat und Einzelnem mußte auch die wirtschaftliche Freiheitssphäre beeinflussen, die heute nur noch als eine Freiheit „in" der Gemeinschaft anerkannt werden kann. Wenn daher die Gewerbefreiheit noch als eine Freiheit „in" der Gemeinschaft betrachtet wird, so stimmt diese Auffassung überein mit der Auslegung des Satzes: „Gemeinnutz geht vor Eigennutz", die Reichswirtschaftsminister Schmitt seinerzeit gegeben hat: „Wenn es heißt: Gemeinnutz geht vor Eigennutz, so kann damit nur gemeint sein, daß sich das selbstverständliche Erwerbsinteresse nicht so ausbreiten darf, daß man das Gemeinwohl, das Staatswohl und das Gesamtinteresse übersieht oder gar stört"[207]).

Die Ausrichtung des s. ö. R. „Gewerbefreiheit" nach diesem nationalsozialistischen Grundsatz nimmt ihm seinen staatsgerichteten, egoistischen Sinn. Hat sich der Inhalt des Freiheitskreises eine Einschränkung zu Gunsten der Gemeinschaft gefallen lassen müssen, so ist auch der Umfang der Gewerbefreiheit auf lebenswichtigen Gebieten zu Gunsten der Gemeinschaft eingeengt. Sachkunde, Zuverlässigkeit und Bedürfnis sind die Begriffe, die das Wesen der Zulassung in verstärktem Maße ausmachen und die Gemeinschaft vor Schäden schützen sollen. Der Betrieb eines Gewerbes ist künftig jedem sachkundigen, zuverlässigen Volksgenossen gestattet, sofern ein Bedürfnis für die Volksgemeinschaft vorliegt. Reichsgesetze werden auch künftig die Frage entscheiden, wann eine Erlaubnis zum Gewerbebetrieb wegen der Prüfung der Sachkunde, der Zuverlässigkeit und des Bedürfnisses erforderlich ist, um eine einheitliche Wirtschaftsführung zu gewährleisten. Einer grundsätzlichen Befürwortung des Konzessionssystems, wie es von Danielcik[208]) gefordert wird, ist nicht zuzustimmen. Freiheit des Einzelnen, wo sie der Gemeinschaft nicht schadet, sondern ihr sogar nützt, Zwang, wo er für die Gemeinschaft notwendig ist.

---

[207]) Angeführt aus Schaeffer, Bd. 3 Neugestaltung von Recht und Wirtschaft Aufl. 1934, S. 29. [208]) Jur. W. 1935/1059.

Schrifttum.

Anschütz: Verfassung des Deutschen Reiches, 14. Auflage 1933.
— Verfassungsurkunde Preußens 1912.
Aßmann: Das neue öffentliche Theaterrecht Deutschlands. Nat. soz. Handbuch f. Recht u. Ges. Geb. 1935.
— Kommentar zum Theatergesetz 1935.
Berner: Landesverwaltungsgesetz in v. Brauchitsch Bd. 1 24. Auflage.
Bornhak: Grundriß des Deutschen Staatsrechts.
— Grundriß des Verwaltungsrechts 1928.
— Preußisches Staatsrecht 2. Auflage 1911.
— Die Rechtsprechung des Kammergerichts in verwaltungsrechtlichen Streitsachen. (Arch. f. öff. Recht Bd. V/416.).
Bühler: Festgabe für Fleiner 1927.
— Die Reichsverfassung 2. Auflage 1927.
— Die subjektiven öffentlichen Rechte 1914. (zit. S. ö. R.).
Buwert: Wandlung im Wirtschaftsrecht (D. R. 1935/67 ff.).
Dahmen: Die Beschränkung der Eigentums- und Gewerbefreiheit (RV. Art. 153, 151, III) durch das preuß. Verwaltungs-, Polizeirecht. Die Rechtsbehelfe gegen eine unzulässige Beschränkung der beiden Freiheitsrechte. Dissertation Köln 1930.
Danielcik: Grundgedanken nationalsozialistischen Wirtschaftsrechts. (Jur. W. 1935/328 ff.).
— Die Verfassung der deutschen Wirtschaft (Jur. W. 1935/1059).
Dennewitz: Staatslehre und nationalsozialistischer Staat. 1934.
Dernedde: Besprechung von Tatarin-Tarnheyden's: Werdendes Staatsrecht, Zeitschr. f. d. ges. St. W. Bd. 95/352.
Deutsche Rechtsfront: Eigentum u. Enteignung (DJZ. 1935/813 ff.).
Drews: Polizeirecht Bd. 1 u. 2 1933.
— Preuß. Polizeiverwaltungsgesetz in v. Brauchitsch 22. Auflage 1932.
Dreyer: Gewerbefreiheit und Gemeindemonopole. Dissertation Marburg 1931.
Dulige: Die individuelle Freiheit als Grundlage des deutschen Verwaltungsrechts. Dissertation Hamburg 1933.
Emig: Der Begriff der Verfassung im heutigen deutsch. Recht (Zeitschr. f. d. ges. Staatswiss. Bd. 95/470).
Felisch: Baufreiheit (R. Verw. Bl. 1935/329).
Fischbach: Die subjektiven öffentlichen Rechte der Beamten. (DJZ. 1935/841 ff.).
Fleiner: Institutionen 8. Auflage.
Fleischmann: Die Entschädigung der öffentlichen Betriebsunternehmungen bei polizeilich verfügter Straßensperre (in Eger's Eisenbahnrechtl. Entscheid. Bd. 21 und 20.).
Forsthoff: Der totale Staat 1933.
Franzen: Lehrkommentar zum Polizeiverwaltungsgesetz 1932/1934.
Friedrichs: Verwaltungsrechtspflege 1920/1921.
— Kommentar zum Landesverwaltungsgesetz 1910.
— Kommentar zum Polizeiverwaltungsgesetz 1932.

Gerlach: Besprechung des Günther'schen Buches über das Versteigerergesetz (Jur. W. 1935/2549).
Giese: Die Grundrechte 1905.
— Verfassung des Deutschen Reiches 8. Auflage.
v. Gneist: Der Rechtsstaat 1879.
Grauert: Die Entwicklung des Polizeirechts im nationalsozialistischen Staat (DJZ. 1934/968).
Günther: Zur Neuregelung des Versteigerergewerbes (Jur. W. 1935/168 ff.).
Hamel: Die Polizei im nationalsozialistischen Staat (DJZ. 1935/326 ff.).
— Die Polizei im neuen Reich (D. R. 1935/414).
Hatschek: Verwaltungsrecht 1927.
Heckel: Berichte über Lage und Studium des öffentlichen Rechts 1935.
Hein, Georg: Kommentar zum Gesetz über die Beförderung von Personen zu Lande 1935.
— Die Durchführungsverordnung zum Gesetz über die Beförderung von Personen zu Lande (R. Verw. Bl. 1935/333).
Herrnritt: Grundlehren des Verwaltungsrechts (Wien) 1921.
Hotacker: Grundrechte und Grundpflichten 1926.
Hoffmann: Kommentar zur Reichsgewerbeordnung 1932.
— Erläuterung zu Art. 151, III in Nipperdey, Die Grundrechte und Grundpflichten d. Reichsverfassung Bd. 3 1929.
Höhn: Rechtsgemeinschaft und Volksgemeinschaft 1935.
— Der Führerbegriff im Staatsrecht (D. R. 1935/297).
— Rechtsgemeinschaft oder konkrete Gemeinschaft? (D. R. 1935/235).
— Polizeirecht im Umbruch? (D. R. 1936/128 ff.).
Huber: Bedeutungswandel der Grundrechte (Arch. f. öff. R. Bd. 23/38 ff.).
— Besprechung eines Urteils (Jur. W. 1934/1745).
— Deutscher Sozialismus 1934.
— Das Deutsche Reich als Wirtschaftsstaat 1931 (Recht u. Staat in Geschichte u. Gegenwart Heft 85).
— Justiz und Verwaltung (D. R. 1935/401).
— Vom Sinn der Verfassung 1935.
— Das Staatsoberhaupt des Deutschen Reiches (Zeitschr. f. d. ges. Staatsw. Bd. 95/206).
— Wirtschaftsverwaltungsrecht 1932.
Jebens: Lex ad praeterita trahi nequit (Pr. Verw. Bl. Bd. 19/128).
Jellinek, Georg: System der subjektiven öffentlichen Rechte 1892.
Jellinek, Walter: Verwaltungsrecht 1931 mit Nachtrag 1934.
Jerusalem: Der Staat 1935.
Jesse: über das Reichsverwaltungsgericht (DJZ. 1926/Sp. 5.).
Kerstiens: Die Durchführung des Gaststättengesetzes in Preußen (R. Verw. Bl. 1933/401 ff.).
Kewald: Der Neuaufbau des deutschen Handwerks. Dissertation 1935 Köln.
v. Kirchenheim: Verwaltungsrecht 1885.
Klausener-Kerstiens-Kempner: Kommentar zum Polizeiverwaltungsgesetz 1932.
Knauth: Gesetzmäßige Verwaltung und Polizeigewalt (DJZ. 1935/222).
Knubben: Der nationalsozialistische Führer- und Totalstaat in seiner Stellung zu den Weimarer Grundrechten und den individualistischen Menschenrechten. (R. u. Pr. Verw. Bl. 1934/774).
Koellreutter: Grundriß der Allgemeinen Staatslehre 1933.
— Zur Frage der Gesetzesauslegung und Anwendung in der Verwaltung (R. Verw. Bl. 1935/445 ff.).

— Das Verwaltungsrecht im nationalsozialistischen Staat (DJZ. 1934/629).
v. Köhler: Grundlehren des Deutschen Verwaltungsrechts 1935.
Laband: Staatsrecht des Deutschen Reiches 5. Auflage.
Landmann-Rohmer: Kommentar zur Reichsgewerbeordnung 1928.
Lauer: Die Polizei im nationalsozialistischen Staat 1934.
v. Laun: Das Recht zum Gewerbebetrieb 1908.
Leibholz: Die Auflösung der liberalen Demokratie in Deutschland 1933.
Le Viseur: Der Mangel der erforderlichen persönlichen Zuverlässigkeit als Versagungsgrund für die Genehmigung zur Errichtung oder Übernahme einer offenen Verkaufsstelle. (Wirtsch. Bl. d. IHK. Berlin 1935/1223 ff.).
Loening: Deutsches Verwaltungsrecht 1884.
— Die Rechtskraft verwaltungsrichterlicher Urteile (Verw. Arch. Bd. 7/68).
Maunz: Neue Grundlagen des Verwaltungsrechts 1934.
— Neubau des deutschen Verwaluntgsrechts (Jur. W. 1934/1046).
— Staatsbegriff und Verwaltung (D. R. 1935/395).
— Zur Neugestaltung des Enteignungsrechts (DJZ. 1935/1011 ff.).
Mayer, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht 3. Auflage 1924.
Medicus: Der Neuaufbau des Reiches (Arch. f. öff. R. Bd. 25/67).
Meißner-Kaisenberg: Staats- und Verwaltungsrecht im III. Reich 1935.
Meyer-Anschütz: Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts 7. Aufl. 1919.
Müller: Das Reichsgesetz über das Kreditwesen 1935.
Nicolai: Grundlagen der kommenden Verfassung 1933.
— Jahrbuch des deutschen Rechts 1934 S. 464.
— Der Neuaufbau des Reiches 1934.
Oeschey: Über Gewerbefreiheit in der Gesetzgebung des III. Reiches 1934.
Oesterle: Neues Wirtschaftsrecht 1934.
— Das Recht des Einheitspreisgeschäftes (Jur. W. 1933/1227).
Pfundtner: Die Quellen der geltenden Verfassung in Nat. soz. Handbuch f. R. u. Ges. geb. S. 335.
Pfundtner-Neubert: Das Neue Deutsche Reichsrecht. Gesetzessammlung mit Anmerkungen).
Poetzsch-Heffter: Vom deutschen Staatsleben (Jahrb. d. öff. R. 1935/259.).
Reuß: Besprechung von Köhler's Grundlehren des deutsch. Verwaltungsrechts (Jur. W. 1935/2346).
— Kritik zu Neue Grundlagen des Verwaltungsrechts von Maunz (Jur. W. 1935/496).
— Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im neuen Reich (Jur. W. 1935/2026).
Rosin: Über Polizeirecht im Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts 1914 Bd. 3 S. 110.
v. Sarwey: Verwaltungsrechtspflege 1880.
Seidler: Das Wesen der Gewerbefreiheit. Dissertation Breslau 1926.
Seydel: Bayerisches Staatsrecht 1913.
Spohr: Die strafrechtliche Untersagung des Handelsgeschäftes (Wirtsch. Bl. d. IHK. Berlin 1935/580 ff.).
Schecher: Gewerbepolizeirecht 1910.
Schmidt, Georg: Reichsverwaltungsgerichtsbarkeit (R. Verw. Bl. 1935/406).
Schmitt, C.: Staat, Bewegung, Volk 1933.
— Verfassungslehre. 1928.
Schneider: Verwaltungsgerichtsbarkeit im neuen Reich (D. R. 1935/460).
Schuster: Die rechtliche Natur der Gewerbekonzession. Dissertation Göttingen 1933.

Stölzel: Ersatz bei Enteignungen (Zeitschr. d. Akad. f. D. R. 1935/659 ff.).
Tatarin-Tarnheyden: Grundlagen des Verwaltungsrechts im neuen Staat (Arch. f. öff. R. Bd. 24/357).
— Werdendes Staatsrecht 1934.
Thoma: In Nipperdey, Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung.
Vogel: Grundzüge eines ganzheitlichen Systems des Rechts 1935.
Weber: Eigentum und öffentliche Verwaltung im neuen Reich. (DJZ. 1935/659 ff.)
Wirtschaftsblatt der Industrie- und Handelskammer Berlin 1935.

Abgeschlossen am 1. Oktober 1935.

Lebenslauf.

Als Sohn des Oberleutnants Gebhard-Lebrecht-Paul Meßbauer und seiner Ehefrau Käthe, geb. Heinzerling, wurde ich am 21. Februar 1911 in Krefeld geboren. Mein Vater fiel am 29. Oktober 1914 bei Ypern. Von Ostern 1917 bis 1920 besuchte ich die Vorschule in Wiesbaden und von Mai 1920 bis März 1929 die Staatliche Bildungsanstalt in Naumburg (Saale), die ich mit dem Zeugnis der Reife verließ. Von 1929 bis 1932 war ich als Handlungslehrling in Hamburg und Berlin tätig. Hierauf studierte ich 3 Semester an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster, wo ich die Vorlesungen der Herren Professoren Krückmann, Krüger, Weber, Rhode, Rosenfeld, Neuwiem und Bühler besuchte. Von Herbst 1933 bis Sommer 1935 studierte ich 4 Semester an der Martin-Luther-Universität in Halle (Saale). Hier besuchte ich die Vorlesungen der Herren Professoren Finger, Boehmer, Ruth, Fleischmann, R. Schmidt, Hein, Schwinge, Siebert, Noack, Wolff, Wegner und Reinhardt.

Für die Anregung und Förderung der vorliegenden Arbeit bin ich Herrn Prof. Dr. Rudolf Reinhardt zu Dank verpflichtet.

Rolf Meßbauer.